

Comentarios a las medidas cautelares innominadas en el régimen del Código General del Proceso Colombiano

Gabriel Hernández Villarreal

Introducción [\[arriba\]](#)

Las medidas cautelares parten siempre de una apariencia del derecho o de una verosímil situación jurídica[1] conocida como *fumus boni iuris*, que en razón al peligro que implica la tardanza en la tramitación del proceso o, *periculum in mora*, precipitan su adopción como mecanismo idóneo para evitar que la sentencia que ha de dictarse pueda quedar sin efectividad[2]. Adicionalmente, en algunas legislaciones también se incluye como requisito para su procedencia el hecho de que el sujeto procesal que ha de soportarlas dé la impresión de que se sustraerá del cumplimiento del fallo, lo que da lugar a la denominada *suspectio debitoris*. [3]

En esta materia, la premisa que impera entonces es la de que las cautelares buscan asegurar los efectos de una sentencia futura debido a la lentitud con que se adelanta cualquier proceso judicial —y de ahí que su fundamento sea por *autonomasia* el *periculum in mora*—, aunque existen ciertas circunstancias en las que la razón de ser de la medida no radica en la demora con que se evacue la respectiva actuación, sino en el daño específico, no genérico, que se le pueda irrogar a un determinado individuo o situación.

Ciertamente, mientras en la mayoría de los casos las “medidas cautelares intentan evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional”[4], supuestos en los que el aludido concepto de *periculum in mora* emerge con toda nitidez; en otros su fundamento gira alrededor es del *periculum in damni*, como ocurre no sólo en las hipótesis relacionadas con las cauciones que debe prestar quien solicita la medida, sino en escenarios en los que la cautela recae directamente sobre una actividad que está causando un grave daño ambiental o que puede afectar la integridad de una persona.

Así, por ejemplo, un juez —y con ocasión de una acción popular— puede disponer que mientras se ventila la causa la parte demandada cese de verter al lecho de un río los residuos presuntamente tóxicos que su actividad produce; o que un cónyuge agresor —en un proceso de divorcio y cuando se aduzca el maltrato físico como causal para deprecarlo— sea desalojado de la casa de habitación en la que mora junto con la víctima.

En estos supuestos, las decisiones adoptadas por la autoridad se toman, no tanto para evitar que la sentencia sea ilusoria en sus efectos o para asegurar el derecho material que allí se reconozca, sino porque con independencia de cuánto pueda durar el proceso, lo que el peticionario exige es que el accionar de su contraparte sea cautelado debido a que con su conducta, y de no practicarse de inmediato la medida, la situación que involucra al medio ambiente (en el primer ejemplo), o a la persona física (en el segundo), estaría avocada a sufrir un daño real, concreto, no genérico o potencial, pues mientras la protección de las reservas hídricas y del ecosistema no da espera, al cónyuge maltratado hay que protegerle sin dilaciones su vida, salud e integridad física.

Siendo así, no hay ninguna duda acerca de la necesidad de las medidas cautelares y de su importancia como instrumento de eficaz acceso a la justicia, máxime cuando

ellas tienen una doble dimensión: tutelar, por un lado; y cautelar, por el otro. En cuanto a la primera, porque configuran un idóneo instrumento encaminado a evitar un daño irreparable y preservan el ejercicio de los derechos subjetivos; y frente a la segunda, debido a que buscan proteger los derechos en posible riesgo, hasta cuando se resuelva la situación problemática concreta.[5]

No obstante, lo que genera posiciones encontradas es el alcance y los desbordamientos que este instituto del proceso pueda llegar a tener dentro de él, sobre todo cuando en los últimos tiempos y de acuerdo con las tendencias que imperan en la actualidad, su regulación se sustrae cada vez más del diseño general, impersonal y abstracto –propio del legislador– y se deja en manos de la persona del juez, quien, por razón de sus funciones y dada su condición humana, está expuesto a susceptibilidades, preferencias, neurosis e ideologías que impactan –y no siempre positivamente– el normal devenir de un proceso.

Dentro de este contexto y, circunscrito a la medida cautelar innominada, en este artículo se formularán una serie de observaciones que tendrán como eje central el que dicha cautela, extendida de forma indiscriminada para todos los procesos declarativos de carácter civil –tal como se estableció en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 590 del Código General del Proceso–, atenta contra la seguridad jurídica, rompe la imparcialidad del juzgador, propicia el ejercicio de un peligroso poder cautelar genérico, y vulnera la igualdad de trato entre los contendientes.

Ahora bien, para exponer los motivos en los que se fundan estas apreciaciones, desde el punto de vista metodológico el presente escrito se ocupará, en su orden, de precisar cuál es el marco teórico desde el que ellas se transmiten; qué medidas cautelares prevé el mencionado texto legal; cuáles son los presupuestos que contempla la aludida norma para el decreto y práctica de la medida cautelar innominada, así como las consecuencias adversas que en relación con sus garantías procesales les generan a la parte llamada a soportarlas; y, finalmente, a qué conclusiones podemos arribar y qué bibliografía fue la que se consultó.

2. Marco teórico [\[arriba\]](#)

Aunque paulatinamente, gracias al denodado empeño y juiciosa labor de juristas como Adolfo Alvarado Velloso[6] y Juan Montero Aroca[7], entre otros, poco a poco se ha ido descorriendo el velo que cubría los postulados en que se finca esa corriente del derecho procesal opuesta al iuspublicismo y que se ha autodenominado como garantista procesal; aun así es necesario insistir en ellos cada vez que se nos da la oportunidad de hacerlo a quienes compartimos sus tesis, como un mecanismo para contribuir a que se fortalezca y mejore el universo del Derecho, confrontando argumentativamente esa visión publicística o de marcado activismo judicial que campea en el grueso de los países hispanoamericanos, pues, como lo afirma Laporta “Para hacer ciencia hay que salir siempre a ver por encima de las bardas de nuestro corral, y ponerse de cara al cierzo de la discusión y la competencia. El parroquialismo no es nunca bueno. Y mucho menos en el conocimiento.”[8]

Adicionalmente, es un deber de honestidad intelectual a cargo de quien tiene el privilegio de dirigirse a un auditorio (sea este un específico número de personas o un potencial conglomerado de lectores), hacer explícita la postura ideológica desde la que se expresa, o de lo contrario corre el riesgo de que los destinatarios de su mensaje, al carecer de suficientes elementos de juicio, de entrada desdeñen

lo que pretende comunicar o su discurso termine perdido en una ininteligible maraña de conceptos comprensibles sólo para él.

Por tanto y, en aras de ser consecuente con lo dicho en precedencia, además de que, como ya lo indiqué, en el ámbito jurídico estoy convencido de la acertada orientación que proclama la escuela garantista en torno al fin del proceso y el rol que dentro del mismo desempeñan el juez y las partes; en el plano filosófico y político también me siento identificado con sus postulados, como quiera que defiendo a ultranza la autonomía personal, el rescate de la individualidad, la capacidad de pensar por mí mismo al ser artífice y por ende responsable del accionar que autónomamente decido; el desapego por la condescendencia (esa forma usual de tratar a todos aquellos que carecen de poder, tales como los niños, los ancianos o los enfermos, según nos lo recuerda Erich Fromm)[9]; sumado a la abominación por el avasallante poder del Estado, con independencia de cuál rama sea la que lo ejerza, incluida, por supuesto, la judicial; el descreimiento de las actividades mesiánicas e impregnadas de paternalismo con que obran algunas de las autoridades que nos administran justicia, y la perplejidad frente al hecho de querer convertir al juez, por encima de los legítimos intereses de las partes y sin que aquél pida esas facultades para sí, en una especie de factótum que todo lo sabe y lo puede.

En últimas, pregonó y defiendo una visión de auténtica raigambre liberal, ante la vida y naturalmente respecto del proceso judicial, a sabiendas de las críticas que ella despierta entre mis contradictores ideológicos, pero a tono —y cambiando lo que haya que cambiar— con la ya clásica concepción de libertad positiva explicada por Isaiah Berlin, para quien

“El sentido “positivo” de libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí, dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal, o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizarlos. Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad por sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos.”[10]

3. Medidas cautelares en procesos declarativos de carácter civil [\[arriba\]](#)

Aun cuando las observaciones que más adelante se plantearán ponen su acento en la medida cautelar innominada, ello no impide para que, a título de simple contextualización haga algunos breves comentarios alrededor de aspectos generales que involucran a la figura de las medidas cautelares, y de ahí que en los próximos apartados recordaré temas básicos tales como: cuáles son sus principales características y qué requisitos deben mediar para que se abra paso su solicitud y práctica, referidos concretamente a la naturaleza de lo debatido y el tipo de pretensión que se formule.

3.1. Características de las medidas cautelares.

Tradicionalmente se afirma que estas son un acto jurisdiccional, por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso, como es la de asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez.[11]De igual modo, se enfatiza que son jurisdiccionales y no sólo judiciales, en razón a que también pueden decretarlas, además de los jueces, como de ordinario ocurre, ciertas autoridades administrativas[12] y algunos particulares[13] cuando unas y otros están investidos de jurisdicción.

La instrumentalidad es otro elemento que caracteriza a las cautelares, en la medida en que por ser asegurativas sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán,[14] a pesar de que en casos excepcionales puedan practicarse antes de que se haya promovido el respectivo proceso, como sucede con las que se decretan en desarrollo de una prueba extraprocesal o anticipada, o con la “guarda y aposición de sellos”, dirigida ésta última a proteger los muebles y documentos del difunto, pero cuya vigencia queda condicionada a que dentro de los diez días siguientes a la diligencia se inicie el respectivo proceso de sucesión.

De la anterior característica se desprende la siguiente, es decir, la de la provisionalidad, puesto que por regla general el tiempo máximo que subsisten es el mismo que dura el proceso[15]. Igualmente, las medidas cautelares son taxativas, bajo el entendido de que su viabilidad depende de que el legislador haya dispuesto de manera expresa su procedencia para cada clase de proceso en particular, lo que no significa que siempre sean típicas o nominadas, puesto que algunas quedaron sujetas —como se explicará luego— a la solicitud y determinación que al respecto eleve el peticionario o a su arbitrio decreta el juez.

A la par con las anteriores, la teoría general del proceso suele incluir como otra característica de las medidas cautelares, la de ser de tres clases: reales, personales y probatorias, según recaigan sobre el patrimonio económico de la parte (embargo y secuestro de bienes o inscripción de demanda); invada directamente la órbita de acción de las personas naturales (solicitud del marido para que su esposa, pendiente del juicio de divorcio, se someta a un examen a fin de determinar su embarazo); o versen sobre los distintos medios de prueba cuando su petición y práctica se reclama de modo anticipada o extraprocesal (una inspección judicial encaminada a preservar los rastros que dejó un incendio, lo que dará lugar a un ulterior proceso en contra de la compañía aseguradora que objetó la reclamación).

En relación con todas estas características lo usual es que haya consenso entre la doctrina, salvo la atinente a las medidas cautelares de índole probatorio, ya que respecto de ellas algunos estimamos que no tienen esa connotación, como quiera que:

“a).- La cautela pretende asegurar los efectos que ha de producir una sentencia futura. La prueba anticipada pretende asegurar el resultado (contenido) de la sentencia, es decir, la prueba anticipada entra en el fondo de la decisión, mas la cautela jamás toca su contenido.

b).- La cautela no puede vivir separada del proceso principal, aun cuando puede ser tomada antes de presentarse la demanda, pero queda suspendida con un

término para su presentación (sistema español); ya sabemos que en nuestro medio la petición cautelar debe ir acompañada de la demanda principal.

c).- La cautela está a la expectativa de una sentencia futura, porque una vez sea dictada cumple su función; la prueba anticipada está a la expectativa de una demanda, bien sea que el peticionario pretenda demandar o tema que se le demande; es más, si no se demanda el proceso y se pide el embargo, éste no puede subsistir, mientras que la prueba subsiste por sí sola aun cuando no se instaure el proceso.

d).- La cautela se toma con fundamento en el Periculum in mora, es decir, con la demora en tramitarse el proceso se busca proteger el derecho invocado por el peticionario. La prueba anticipada evidentemente corre peligro, por ello es preventiva, pero no por la demora en proteger el derecho sino por la tardanza en su recaudo.

e).- La prueba anticipada puede no tener fines judiciales (artículo 299, testimonios como prueba sumaria), ya que ésta puede ser recogida con un fin totalmente ajeno a un proceso, mientras que el proceso cautelar y las medidas de cautela siempre tienen un fin procesal, o sea, que deben ser practicados para facilitar los efectos de un proceso.”[16]

Dicho esto, y en vista de que para los fines a los que se contrae este escrito el énfasis estará puesto en las medidas cautelares de carácter real o patrimonial susceptibles de ser decretadas dentro de un proceso declarativo de naturaleza civil, en el próximo acápite haré una somera remembranza de los requisitos que se exigen para la procedencia de las medidas de esta índole (cuando ellas son las típicas), y posteriormente me detendré en los condicionamientos que presentan las cautelas conocidas como atípicas o innominadas.

3.2. Requisitos para el decreto de medidas cautelares típicas o nominadas en procesos declarativos de carácter civil.

Utilizo la expresión “de carácter civil”, porque en esta ocasión y de manera consciente prescindo de glosar las medidas cautelares que se decretan dentro de los procesos de familia, como quiera que con abstracción del embargo y secuestro de bienes que puedan ser objeto de gananciales y la eventual inscripción de la demanda prevista en el artículo 11 de la ley 258 de 1996, las demás cautelas son de estirpe puramente personal —incluida la innominada—, y así lo establece el artículo 598 numeral 5° del Código General del Proceso colombiano, cuando después de enunciar las medidas que participan de esta naturaleza y que pueden ser adoptadas dentro de este tipo de causas dispone, en el literal f), que el juez también podrá adoptar “a [su] criterio cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente.”

En consecuencia, limitados a las cautelas de carácter real o patrimonial y de vuelta a las que se ventilan dentro de un proceso declarativo civil, el artículo 590 numeral 1° del C.G.P. contempla en sus literales a) y b) una misma e idéntica

medida: la inscripción de la demanda, sólo que los presupuestos para solicitarla, decretarla y practicarla son distintos, a pesar de estar previstas en ambos literales.

En efecto, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro o, en su defecto, el secuestro de los demás a que se refiere el numeral 1° literal a) del citado canon legal, tienen como común denominador el que aquella —la demanda— “verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.”

Los casos más representativos en que ella se presenta son los que giran alrededor de una declaratoria de nulidad de un contrato de compraventa, o su simulación, resolución o rescisión por lesión enorme, puesto que si al dictar sentencia el juez acoge cualquiera de las mencionadas peticiones, el resultado que se producirá será el de una mutación en el derecho de dominio, ya que, al restablecerse el derecho y volver las cosas a su estado original, el demandado dejará de ser el dueño del bien y su propiedad se trasladará de nuevo al tradente.

En esa misma línea cautelar, y con el fin de no dejar huérfano de protección el reclamo que incoe una parte contra otra en aquellos eventos en los que, no obstante que la demanda también versa sobre dominio u otro derecho real principal, aun así los bienes involucrados en ella no están sujetos a registro, la norma en cita autoriza para esos casos que desde la presentación de la demanda el demandante pueda pedir el secuestro de los bienes, como sucedería, verbigratia, si se demandara la declaratoria de nulidad o la resolución de una compraventa de bienes muebles, y en concreto de un computador, una joya o una obra de arte.

A propósito de esta última medida, pertinente resulta recordar que en materia de secuestro de bienes hay tres clases: (i) el que perfecciona un embargo (porque recae sobre bienes no registrables, como los muebles y enseres que hay dentro de una casa); (ii) el que lo complementa (debido a que recayó sobre un bien sujeto a registro y por tanto cuando se pide no es para materializar el embargo —que después de haber sido inscrito o registrado ya cumplió su cometido en el sentido de haber sacado el bien del comercio— sino para sustraerlo de la égida de disposición del demandado y entregárselo a un auxiliar de la justicia denominado secuestre, quien a su vez lo pondrá en manos de la persona que finalmente y al concluir el proceso determine el juez), y (iii) el autónomo, esto es, el no precedido de orden de embargo. Es éste último tipo de secuestro de bienes, y con las limitaciones ya indicadas, el que regula el artículo 590 numeral 1° literal a) del C.G.P.

Para la procedencia de las anteriores medidas (inscripción de demanda o secuestro autónomo, según fuere el caso) es menester que el demandante las solicite, pues no se decretan de oficio, y además previamente hay que prestar caución con el propósito de responder por las costas y los perjuicios derivados de su práctica. Con todo, no habrá necesidad de que el actor pida la medida cautelar de inscripción de demanda, ni que tenga que constituir una caución, si se trata de procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes, en razón a que en ellos el juez ordenará de oficio la aludida cautela y su práctica se realizará antes de la notificación al demandado.

Por su lado, el inciso segundo del literal a) numeral 1° del artículo 590 del C.G.P. establece que “si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso”,

caso en el cual y, con base en ese enunciado, es posible que se presente entonces una cualquiera de las siguientes situaciones:

i.- Que el demandante hubiere solicitado, desde la formulación de la demanda, la inscripción de esta, y después de haber obtenido un fallo de primer grado favorable a sus intereses ahora también pida que junto con aquella cautela se decrete el secuestro del bien sobre el que había recaído la inscripción. En otras palabras, estaríamos en presencia de dos medidas cautelares decretadas en distintos estados del proceso pero que afectarían a un mismo bien: la inscripción y el secuestro.

Esta prerrogativa que nos ofrece el estatuto procesal es lógica y está dirigida a garantizar los derechos de la parte que ha salido temporalmente airosa, puesto que, en primer lugar, la incertidumbre que rodeaba su reclamación ya es menor, como quiera que entre el momento en que instauró su demanda y aquél en el que el juez a-quo le dio la razón se produjo un notable incremento en la apariencia del derecho que ella reclamaba, pasando de una zona que en principio era gris a otra que, en relación con sus intereses, ya tiene unos contornos mucho más claros; y, en segundo término, se puede pedir el secuestro del bien, siempre y cuando la sentencia aún no se pueda ejecutar como consecuencia del hecho de que el demandado la apeló, ya que, si así no fuera, es decir, si estuviera en firme y ejecutoriada, lo procedente sería entonces que el despacho judicial fijara fecha y hora para que, por sí mismo o a través de un comisionado, se le entregara el bien al demandante.

ii.- Que con la presentación de la demanda el demandante no hubiera pedido la inscripción de ella. En este evento nada impide que solicite su decreto en una oportunidad posterior — y que el juez acceda a hacerlo—, pero el riesgo que implica esa negligencia es que el derecho de dominio sobre el bien ya hubiere pasado a manos de un tercero, quien, ante la falta del aviso que supone el mencionado registro del libelo demandatorio tendría la calidad de adquirente de buena fe y por tanto respecto de él no se podría predicar, con éxito, una pretendida condición de litisconsorte cuasinecesario al que le irrogara efectos el fallo que allí se profiriera.

iii- Que, como se aclaró en párrafos precedentes, no obstante que la demanda versaba sobre dominio u otro derecho real principal, habida cuenta que los bienes involucrados en el conflicto no estaban sujetos a registro (por lo que no era factible la inscripción del escrito genitor del proceso), se hubiera pedido el secuestro autónomo de los mismos, para lo cual no hay, ni había, necesidad de esperar que se dicte sentencia de primera instancia favorable al actor, pues esta medida procede desde el momento en que se instaura la demanda.

En otro orden y, según ya se ha dicho, el artículo 590 numeral 1° del C.G.P. también contempla en el literal b) la inscripción de demanda, sólo que sus presupuestos difieren de los exigidos en el literal a), debido a que para su viabilidad no se requiere que esté involucrado el dominio u otro derecho real principal, sino que basta que en la demanda se acumule una pretensión de condena que persiga el pago de los perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Así, en un proceso de entrega por el tradente al adquirente el demandante puede acumular, junto con las pretensiones puramente declarativas (inherentes a la no entrega del bien y el incumplimiento de la obligación del vendedor en este

sentido), una de condena derivada de los perjuicios que esa conducta le hubiera ocasionado. Cuando eso suceda –y si el actor lo solicita y presta la respectiva caución–, el juez decretará como medida cautelar la inscripción de la demanda; cautela ésta que, en mi concepto, recaerá sobre bienes del demandado sujetos a registro, pero no sobre aquel cuya entrega se reclama por la vía judicial, pues ese bien es de propiedad del demandante como quiera que ya operó la tradición por su inscripción en el correspondiente registro, y no tendría ninguna razón de ser que él se autocautelara, esto es, que se informara a sí mismo que su propio bien está envuelto en un litigio.

Similar apreciación puede hacerse en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado, en los que, con independencia de cuál sea la causal invocada para pedir dicha restitución, si el demandante acumula una pretensión de condena relacionada con el pago de los perjuicios que le produjo el incumplimiento, podrá solicitar, además de las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, la de la inscripción de la demanda, que sólo afectaría, naturalmente, bienes de propiedad del demandado, y que no podría recaer sobre aquel respecto del cual se pretende la restitución de la tenencia entregada a título de arrendamiento.

3.2.1. Embargo y secuestro de bienes luego dictada de la sentencia de primera instancia.

Esta hipótesis de inscripción de demanda que contempla el literal b) del numeral 1° del artículo 590 del C.G.P. es bastante drástica, porque a pesar de estar en presencia de procesos declarativos, y no ejecutivos, aun así las medidas cautelares que pueden abrirse paso a continuación tienen un fuerte impacto en el demandado, lo que surge del texto del inciso segundo literal b), según el cual:

“Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los [demás] que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.”

En relación con todas las variables que emanan de este específico inciso, antes de seguir con el desarrollo del tema de fondo y dada la dispersión de las distintas situaciones que surgen del comentado artículo 590 del C.G.P., para evitar equívocos o confusiones es necesario dejar en claro que:

a) En principio el juez sólo decretará las medidas cautelares de inscripción de demanda contempladas en los literales a) y b) del numeral 1° del artículo 590 del C.G.P., siempre y cuando el peticionario preste antes una caución, a menos que se trate de procesos en los que la inscripción procede de oficio, tal como lo establece el artículo 592, ibídem; b) Dictada sentencia de primera instancia favorable al demandante en los precisos supuestos en los que reclama el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, éste puede pedir –y el juez lo ordenará– no sólo el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción, sino además el embargo y secuestro de los demás bienes del demandado, y en uno y otro caso estará eximido de tener que otorgar caución, ya que el artículo 590 numeral 2° inciso 1° dispone que “No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.”; c) Cuando luego de haberse expedido sentencia de primera instancia favorable al demandante (en los eventos a los que se refiere el literal b) del numeral 1° del art. 590) él pide el embargo y secuestro del bien sobre el que se había materializado previamente la inscripción de la

demanda, el juez decretará estas dos cautelas, repito, el embargo y secuestro, a pesar de que para ese momento el demandado ya no figure como su dueño, y la autoridad administrativa a la que se le comunique esa medida (oficina de registro de instrumentos públicos o secretaría de tránsito, por ejemplo) estará obligada a inscribirla. d) Esta última afirmación puede resultar controversial, puesto que podría argüirse que la medida sólo será viable si el demandado sigue siendo el propietario del bien, o de lo contrario tendrían que aplicarse los artículos 593 numeral 1° inciso 2° y 597 numeral 7 del C.G.P., en su orden, conforme a los cuales si algún bien no pertenece al afectado el registrador se abstendrá de inscribir el embargo; y si se trata del embargo de un bien sujeto a registro esta cautela se levantará “cuando del certificado del registrador aparezca que la parte contra quien se profirió la medida no es la titular del dominio del respectivo bien, sin perjuicio de lo establecido para la efectividad de la garantía hipotecaria o prendaria.” e) No obstante, considero que pese a la existencia de estas disposiciones sí es de recibo decretar e inscribir la comentada medida cautelar, porque el enunciado normativo que la permite tiene dos supuestos distintos a partir de los cuales es factible arribar a esa conclusión. Uno, en virtud del cual “el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda”. Este primer evento es neutro u objetivo, debido a que no condiciona la viabilidad de la medida de embargo a que el bien esté en cabeza del demandado, y para su procedencia solo basta que hubiere habido fallo de primer grado favorable al actor, que estuviera inscrita previamente la inscripción de la demanda y que el demandante así lo solicite. Otro, este sí subjetivo y cualificado, en virtud del cual el decisor de primera instancia también decretará “el embargo y secuestro (...) de los [demás] bienes que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento [de la sentencia].” f) A riesgo de fatigar al lector, pero en aras de privilegiar la claridad, reitero que la opción de pedir el embargo y secuestro de bienes en los términos que acabo de exponer solo es viable en presencia de situaciones regladas en el numeral 1° literal b) del artículo 590 del C.G.P., esto es, cuando se acumula una pretensión indemnizatoria originada en el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual; porque se estuviéramos adelantando un proceso en los casos del numeral 1 literal a) del citado artículo, una vez que se haya proferido sentencia de primera instancia favorable al demandante, a lo máximo que éste podría acogerse sería a la previsión del inciso segundo de dicho numeral, es decir, pedirle al juez que decrete el “secuestro [autónomo] de los bienes objeto del proceso.”

Como se desprende de lo expuesto hasta ahora, el legislador colombiano disciplina con minuciosidad lo concerniente al tema de las medidas cautelares, aunque trata de ser equilibrado —sin lograrlo plenamente— con los derechos de la parte llamada a soportarlas, al exigir que, en general y en los procesos declarativos el demandante preste caución, y al permitirle al demandado que otorgue una contracautión para impedir la práctica de las medidas o para solicitar que se levanten. A pesar de ello, el tratamiento es bastante asimétrico por cuanto el demandante, si bien es cierto tiene que prestar caución para que le decreten las cautelas, estas por regla general equivalen al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda; y en cambio su contradictor, si quiere evitar la práctica de las medidas cautelares o lograr que se le levanten, debe prestar caución por un monto que asciende al valor total de las pretensiones. En adición a lo anterior, el demandante está eximido de tener que prestar caución para que le decreten el embargo y secuestro de bienes, en aquellos casos en que lo pide después de que se ha dictado sentencia de primera instancia favorable a sus intereses.

Junto con esta asimetría, puede llegar a presentarse igualmente un desbordamiento cautelar originado en que el legislador no impuso una restricción a la hora de pedir medidas cautelares al amparo de las letras a) y b) del numeral 1° artículo 590 del C.G.P. (como se evidenció al explicar –por vía de ejemplo– las que proceden en los procesos de restitución de bienes arrendados), y por ese motivo es factible encontrarnos con situaciones que pueden resultar hiperbólicas en esta materia.

Para ilustrar este aserto, permítaseme acudir a un escenario que de seguro ocurre en el día a día de la práctica forense judicial: una parte demanda la resolución de un contrato de compraventa sobre un inmueble, y pide, fundamentado en el literal a) del artículo 590 del C.G.P., que como la demanda versa sobre dominio, se decrete la inscripción de ésta en el folio de matrícula inmobiliaria que identifica a dicho predio. Adicionalmente, en su libelo demandatorio también solicita como pretensión consecuencial o derivada, que una vez sea declarada la resolución del contrato por el incumplimiento de su contraparte, se condene a esta última a pagarle los perjuicios ocasionados con su actuación, y que para garantizar el pago de los mismos se decrete la medida cautelar de inscripción de demanda sobre otro bien (distinto de aquél sobre el que versó el contrato cuya resolución se pretende), de propiedad del demandado.

En este caso tendríamos dos medidas cautelares de idéntica naturaleza (inscripción de demanda), decretadas y practicadas en forma simultánea sobre dos bienes distintos (ambos de propiedad del demandado), aun cuando con fines diversos: una, encaminada a evitar que la recuperación del dominio sobre el inmueble objeto del litigio se torne inane; y otra, cuyo propósito es asegurar el pago de los perjuicios sufridos por el inadecuado comportamiento contractual que asumió el demandado.

Asimismo, una vez más invito a que se tenga presente que, de conformidad con el inciso 2° del literal a) del artículo 590, luego de haber obtenido sentencia de primera instancia favorable al demandante, éste puede pedir el secuestro autónomo del bien sobre el que demandó la declaratoria de resolución del contrato de compraventa; y que en atención a la preceptiva del inciso 2° del literal b) del mencionado artículo, después de que el actor haya obtenido un fallo de primer grado que acceda a sus pretensiones, él puede solicitar (sin tener que prestar caución) “el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que (...) denuncie como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento [de la sentencia].”

Ante esa circunstancia, que deja al sujeto pasivo de la pretensión anegado de cautelas, el único instrumento que hay para mitigar sus nefastos efectos es el que prevé el numeral 2° del artículo 590 del C.G.P., en el sentido de que para decretar las medidas cautelares (salvo que ya se hubiera dictado sentencia de primera instancia favorable al demandante, en cuyo caso queda eximido de hacerlo), éste tiene que prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones, a menos que el juez –de oficio o a petición de parte– aumente (pero también puede disminuir) el monto de la caución cuando lo considere razonable.

En síntesis, sí pueden coexistir esta clase de medidas cautelares típicas o nominadas, pues el ordenamiento legal no las impide, y el medio más adecuado para morigerar cualquier abuso al respecto es el de aumentar significativamente el

monto de la caución que deba otorgar el demandante, ya que es claro que en situaciones como la expuesta el 20% resulta a todas luces irrisorio.

3.3. Comentarios críticos a las medidas cautelares innominadas.

En oposición a lo afirmado por el profesor Jairo Parra Quijano, quien, al hacer una acérrima defensa de la medida cautelar innominada sostuvo que él consideraba “que nunca debió el legislador usurpar el oficio del juez regulando todas las llamadas medidas cautelares, ya que hay situaciones que sólo el juez las puede entender y concretar”; a mi juicio, en aras de preservar la seguridad jurídica y garantizar la imparcialidad del juzgador, lo que debe ocurrir es precisamente todo lo contrario, es decir, que lo atinente a las cautelas sea determinado de antemano por la ley, pues las tradicionales características que se le atribuyen a ésta en el sentido de ser general, impersonal y abstracta despojan de emotividad, capricho o autoritarismo cualquier decisión al respecto, y brindan el mínimo de predecibilidad con que ha de surtir un proceso judicial.

En tal virtud, mi respetuosa discrepancia con tan connotado jurista —y con quienes como él, así razonan— radica, en esencia, en que con la adopción de la medida cautelar atípica o innominada quedamos sometidos a una complejidad subjetiva, representada en la persona del decisor judicial, y que conculca, por esa vía, el derecho que tenemos los justiciables a que nuestra causa sea resuelta por quien esté dotado de absoluta imparcialidad funcional.

En consecuencia y para sustentar en debida forma esta afirmación, lo primero que hay que hacer en este acápite es suministrarle al lector —en lo pertinente— el texto normativo que consagra de manera general e indiscriminada la medida cautelar atípica, para pasar después a analizar sus fines, así como los presupuestos materiales y formales que condicionan su expedición, intercalando entre unos y otros las observaciones críticas que de ellos se desprenden, con el ánimo de evidenciar la trasgresión de las garantías procesales en antes mencionadas.

3.3.1. Regulación normativa.

En lo que atañe a su contenido legal, el artículo 590 del C.G.P. colombiano dispone:

“En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: (Y aquí el Código se ocupa de regular, en los literales a) y b), la medida cautelar de inscripción de demanda, cuyos requisitos y vicisitudes ya fueron profusamente explicados).

(...)

c) Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares [incluidas las de los literales a) y b)], el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida...”

3.3.2. Fines que persiguen las medidas cautelares innominadas.

De acuerdo con el artículo parcialmente transcrito, es muy amplio el elenco de riesgos que se intentan conjurar con esta clase de cautelas, y no todos ellos tienen como fundamento el tradicional *periculum in mora*, sino que la mayoría corresponde a lo que en la Introducción de este escrito expuse como *periculum in damni*.

Ciertamente, salvo por lo de “asegurar la efectividad de la pretensión” o “proteger el derecho objeto del litigio”, los demás fines que allí se enlistan no buscan evitar que la sentencia se torne ilusoria en sus efectos debido a la tardanza con que se tramita un proceso; sino neutralizar la materialización de un daño concreto, específico, no potencial, impidiendo la infracción del derecho, evitando las consecuencias derivadas de ella, previniendo daños o haciendo cesar los que se hubieren causado.

Por consiguiente, especial cuidado ha de tener un juez al pronunciarse acerca de la solicitud que al respecto le eleve la parte demandante, ya que es muy fácil que pierda la orientación en este campo y termine decretando una medida bajo el convencimiento de que estaba fundada en el peligro de daño inminente y concreto, cuando en realidad la situación no era tan alarmante y correspondía a la consuetudinaria *mora* que hay que asumir en la evacuación de una causa en sede jurisdiccional.

La claridad que esto trae repercute a su vez en los elementos formales que debe considerar el juzgador, y en particular los que tienen que ver con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, junto con el monto de la caución que

deba prestar quien la solicite, puesto que si lo que precipita la cautela es el *periculum in mora*, el monto de la caución debe ser más alto y los criterios para determinar su necesidad o proporcionalidad tornarse más exigentes; y, por el contrario, cuando el fundamento radique en el *periculum in damni*, la contracautela que se le exija al peticionario será de menor valor y la medida que se decrete tendrá que tener mayor efectividad.

Naturalmente, estas previsiones no diluyen mi temor acerca de que las medidas cautelares genéricas propician desbordamientos que afectan los derechos de la parte demandada, como quiera que, al incluirse un portafolio tan amplio de los fines que persiguen, y dejar su realización en manos de quien debe concretarlos, de inmediato y sin advertir en ello termina solucionándose por vía cautelar lo que en condiciones de igualdad de trato jurídico debería ser resuelto en la sentencia, y así, valiéndose de una pretendida medida cautelar, lo que en verdad ocurre es un anticipo judicial de sentencia, que torna inocua la continuación del proceso porque el pretendiente ya logró conseguir —mediante ese precario mecanismo— aquello que ha debido ser objeto de una decisión de fondo.

3.3.3. Requisitos materiales para el decreto de la medida cautelar innominada.

Con base en lo consignado en la norma transcrita, para que el juez decrete la medida cautelar es necesario que “aprecie”, esto es, que desde el momento en que se le eleva la petición a él le parezca que en efecto está acreditada la legitimación o interés para actuar de las partes; la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, y la apariencia de buen derecho. Por tanto y con fundamento en la redacción de dicho artículo, afirmo entonces que tales requisitos tienen que ser concurrentes, lo que significa que han de estar demostrados todos ellos, y que si falta alguno entonces la cautela se frustra y el juzgador debe negarla.

En esta materia, al solicitante no le bastará con limitarse a reclamar el decreto de la medida acudiendo al simple expediente de que la pide al amparo de lo dispuesto en el artículo 590 literal c) del C.G.P., sino que tendrá que sustentar en debida forma todos y cada uno de los presupuestos que prevé la ley para su viabilidad. Del mismo modo, el juez, por su lado y al expedir el auto en el que acceda o no a lo solicitado, deberá hacerlo valiéndose de una providencia muy bien motivada —y no solo fundamentada en la cita legal—, puesto que en su condición de juzgador se le impone la necesidad de que explicite las razones por las que a su juicio sí se reúnen o no los mencionados requisitos, como quiera que esta garantía es la que le permitirá a las partes perjudicadas con la decisión conocer los argumentos en que se fundó su juzgador, y con apoyo en ellos proceder a impugnar ese proveído.

Entiendo perfectamente que los redactores de esta disposición la diseñaron de esa manera porque intentaban obrar con sumo cuidado, debido a que la naturaleza de las medidas cautelares es preventiva y se le imponen al afectado con ellas, no solo antes de que haya sido vencido en el proceso sino incluso con anterioridad a haber sido oído dentro del mismo, por lo que pueden llegar a afectar el derecho de defensa.

Sin embargo, y por paradójico que resulte, son esos requisitos que en principio fueron concebidos para salvaguardar los derechos del demandado y que debe “apreciar” el juez antes de decretar una medida cautelar de esta índole, los que le

conculcan a aquel las citadas garantías de imparcialidad funcional y de igualdad de trato jurídico que conforman un adecuado debido proceso.

En efecto, un juez probo, aplicado y que ejecute con competencia su labor —y son muchos los que así actúan— verificará o constatará con la minuciosidad que el caso exija todas y cada una de las exigencias que trae la norma, y sólo después de que esté convencido de que ellas se cumplen es que accederá a decretar la medida cautelar atípica; empero, en el momento en que así obre habrá prejuzgado y por ende se habrá despojado de la imparcialidad que es ínsita a la facultad de administrar justicia.

Para demostrar estas contundentes aseveraciones, lo que se impone es escindir el estudio de los requisitos individualmente considerados, y presentar luego un análisis del conjunto, así:

- Legitimación o interés para actuar de las partes.

Por la forma en que fue concebido este enunciado normativo, el decisor judicial del que depende el decreto o no de la comentada cautela tiene que empezar por diferenciar la legitimación en causa del interés jurídico para obrar. La primera es un presupuesto de la pretensión que usualmente —pero no siempre— se analiza es en la sentencia y no al inicio del proceso, y está referida al hecho de que quien concurre a éste, bien sea como demandante o como demandado, a su vez haya formado parte de la relación jurídico-sustancial que se discute. El segundo tiene que ver —por lo general— con el perjuicio que una determinada situación fáctica o jurídica le genera a un sujeto, el cual puede estar investido de la condición de parte o de tercero habilitado para actuar dentro del proceso.

Por tanto, bien puede suceder que se esté legitimado en causa y que además se cuente con el interés para obrar; o que se tenga éste pero se carezca de aquella, o viceversa.

Enfrentado a este primer escenario, el juzgador podría concluir que sí se abre paso la pretensión cautelar, porque se subsume en la parte demandante la doble calidad ya indicada: está legitimada y también tiene interés. No obstante, podría rehusarse a lo solicitado si advierte que falta uno u otro requisito, mas, para arribar a esa conclusión ha debido hacer una serie de consideraciones de fondo que involucran aspectos sustanciales cuyo estudio no es pertinente en esa fase del proceso, los cuales terminan adelantando un juicio reservado para la hora en que ha de proferirse la sentencia.

Por lo demás, esta hipótesis lesiona el legítimo derecho de defensa del demandado, en razón a que cuando concurre al proceso (luego de haberse trabado la litis y, sobre todo, después de que se ha practicado la medida cautelar en su contra), le va a quedar muy difícil controvertir (por vía de recurso y en el corto tiempo de que dispone para impugnarla) una decisión cuyo arsenal argumentativo armó paciente y juiciosamente el juez, paso a paso y cumpliendo los requisitos del literal c) del artículo 590 del C.G.P., con base en la cual él —el juez— concluyó que sí había legitimación “de las partes”, vale decir, ya no sólo por activa sino también por pasiva, y que junto con esa legitimación —que se predica respecto de ambos contendientes y no solo del demandante— se acreditó igualmente el interés o, lo que es lo mismo, el perjuicio alegado por el actor.

Ahora bien, en previsión a que alguien formado en el iuspublicismo y que por ende comparte el activismo judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento llegare a formular el reparo de que mi postura es el reflejo de un alarmismo injustificado y que por ningún lado se puede predicar que ha habido un rompimiento de la imparcialidad y mucho menos un prejuzgamiento; pertinente resulta recordar que el propio profesor Parra Quijano, en una ponencia de su autoría y al responderse el interrogante acerca de “¿Qué es lo que el juez debe tener en cuenta para decretar la medida cautelar llamada innominada?”, dijo:

“El Código General del Proceso, casi como ningún otro a nivel internacional, le dio entidad a la necesidad de que el juez estudie, se entiende que con la dedicación que es recomendable por tratarse de una medida de esta naturaleza, la legitimación o interés para actuar, que debe estar incluido en la concepción de *fumus boni juris*.”[17]

En consecuencia, si el juez estudia “con la dedicación que es recomendable por tratarse de una medida de esta naturaleza, la legitimación o interés para actuar”, está adelantando su juicio y por esa vía desconociendo la imparcialidad funcional que le es inherente, a pesar de que en el plano personal él crea —de seguro de buena fe y al conservar su pureza de espíritu— que sigue manteniendo la imparcialidad subjetiva.

Precisamente porque es así, es decir, porque se pone en entredicho esa cualidad de imparcialidad que debe tener todo juzgador, es que el ordenamiento jurídico colombiano se apresura a brindarle —a través de lo que no es más que una ficción— la socorrida tranquilidad de que con su obrar no prejuzga, tal como lo dice inciso segundo del artículo 229 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), para quien “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.”

De este modo, la norma legal acude —*mutatis mutandis*— a una práctica desculpabilizante (como la penitencia y similares), “propias de aquellas épocas en las que era necesaria una determinada maniobra para expulsar los pecados”, según palabras de Estanislao Zuleta[18], quien además expresa que se trata no sólo de “actos colectivos propios de las religiones, sino [de] prácticas que se encuentran en muchas estructuras psíquicas individuales”[19]; tal como —de acuerdo con Alvarado Velloso— le ocurría al inquisidor, quien “para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno”[20], y en vista de que “como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera con lo acaecido en el plano de la realidad social.”[21]

Sin embargo, y a menos que estemos sometidos a un régimen político autoritario, en una democracia republicana, que es la forma que de acuerdo con el artículo 2° de la Constitución Política se adoptó en Colombia, los hechos son los hechos y las palabras no son un talismán que tenga el poder de subvertirlos y de trocar la realidad, por lo que un simple enunciado normativo como el del citado artículo 229 de la ley 1437 de 2011 carece de la virtualidad de transformar una conducta —claramente prejuzgadora— en otra pretendidamente imparcial.

De otro lado, y para minar aún más el estado de inocencia del demandado en un proceso declarativo —sorprendiéndolo con una medida cautelar atípica— el requisito que nos concita no solo incluye el exhaustivo análisis previo de la

legitimación de “las partes” (no sólo la demandante) sino el que tiene que ver con el interés para actuar, el cual no recae siempre y en todos los casos exclusivamente en aquellas, pues la normatividad procesal faculta en el artículo 71 del C.G.P. a ciertos intervinientes para que en su condición de terceros coadyuvantes puedan “efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio”, por lo que es evidente que estos terceros puede solicitar medidas cautelares.

Soy consciente, desde luego, que estas apreciaciones pueden incomodar a quienes nos dispensan justicia, quienes en su fuero interno se sienten agredidos al poner en entredicho su imparcialidad; sin embargo, ésta no se agota en la simple falta de interés subjetivo en la solución del conflicto, vale decir, en que alguien gane o pierda (que es la respuesta inmediata que nos da quien considera una afrenta el solo hecho de plantear el tema), toda vez que la imparcialidad abarca un espectro mucho más amplio que no se reduce al elemento personal sino que se extiende —y de ahí el énfasis— a lo funcional.

Frente a este tópico, no sobra reiterar que la palabra imparcialidad significa varias cosas diferentes a la falta de interés, y que ella implica, al decir de Alvarado Velloso

“[a]usencia de todo tipo (particularmente racial o religioso); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto, etc.[22]”

En suma, atenta contra la imparcialidad funcional del juzgador, el que él tenga asignada, desde el comienzo del proceso, precisamente dentro de sus múltiples funciones y por mandato expreso de la ley, la de verificar (“apreciar” es el verbo que eufemísticamente emplea el artículo 590 del C.G.P. colombiano), en detalle y con todo rigor jurídico lo concerniente a la legitimación en causa de ambas partes o su interés para actuar, la existencia de la amenaza o vulneración del derecho y la apariencia del mismo.

· Existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Se trata de dos supuestos distintos y por consiguiente sus fundamentos también difieren, ya que, si lo que se pretende es conjurar la “vulneración del derecho” es debido a que éste ya fue presuntamente transgredido por el demandado, y de ahí que el juzgador tendrá que considerar que el motivo para decretar la medida cautelar será el *periculum in damni*, y por tanto el monto de la caución que ha de prestar el solicitante bien puede ser sustancialmente menor al 20% que trae como referente el numeral 2° del art. 590 de C.G.P., como quiera que en ese evento estaríamos en presencia de un perjuicio concreto, y no tan solo posible, derivado de un daño que a todas luces se le debe evidenciar al juez como ya consumado.

Si así fuere, entonces tendría que existir cuando menos una prueba siquiera sumaria que permita inferir la alegada vulneración del derecho, y la simple afirmación del actor en este sentido no sería suficiente para acceder a su petición.

En cambio, lo que atañe al presupuesto en torno a la “existencia de la amenaza del derecho” es más grisáceo y por ende invade el terreno de la subjetividad del juzgador, debido a que este evento y, si bien es cierto se parte de que la amenaza existe, todavía no se ha materializado el daño y por ende se transita sobre un escenario en el que lo que se destaca es la voz de alarma del pretendiente, con apoyo en la cual demanda la protección cautelar. En ese orden de ideas, la medida que responda a este fin se sitúa dentro del consabido *periculum in mora* y, siendo así, la contracautela o caución encaminada a garantizar el pago de los perjuicios que llegare a sufrir el demandado no podría ser inferior al mencionado 20% del valor de las pretensiones.

· Apariencia de buen derecho.

El *fumus boni iuris* o “humo de buen derecho” no es más que una metáfora a la que se acude para resaltar el conocido fenómeno de la naturaleza de que entre más grande sea un humo, más grande es el fuego que lo produce. Traída esa figura retórica al campo de las medidas cautelares, la podemos traducir como apariencia o verosimilitud del derecho invocado, puesto que en la medida en que al decisor jurisdiccional le parezca —luego de un razonamiento en el que prevea las probabilidades de éxito del solicitante—, que la resolución final puede ser en favor de éste, acogerá la pretensión cautelar y, por el contrario, no lo hará si su juicio le indica que la prosperidad de lo que reclama de fondo la parte actora en principio luce muy distante.

El análisis de la apariencia de buen derecho también supone adelantar la decisión que ha de adoptarse al concluir el proceso, y desde esa perspectiva es otra manifestación más de prejuzgamiento, aunque desde luego con menor entidad que las ya expuestas debido a que se cimenta en una primera valoración subjetiva, sumaria y superficial. Este ejercicio está previsto igualmente en los procesos ejecutivos, pero no para que el juez decida si decreta o no el embargo y secuestro de bienes, sino para que tenga un elemento de juicio adicional a la hora de determinar si accede a la petición del demandado cuando éste le solicita que conmine al demandante a que preste caución para responder por el pago de los perjuicios que las medidas cautelares pudieran ocasionarle, tal como lo dispone el inciso 4° del artículo 599 del C.G.P., in fine.[23]

3.3.4. Requisitos formales para el decreto de la medida cautelar atípica.

Junto con los aspectos de fondo que ya fueron objeto de observaciones y comentarios, a primera vista daría la impresión de que para decretar una cautela de esta clase el decisor jurisdiccional también debe tener en cuenta “la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada”[24]; a lo que habría que sumarle el requisito de la caución previa. No obstante, en mi concepto la correcta interpretación de esta norma es la siguiente: (i) Para decretar la medida cautelar innominada es insoslayable que el peticionario invoque argumentativamente los presupuestos materiales explicados en el anterior acápite —y que, por supuesto, al juez le parezca que están demostrados— los cuales son la legitimación o el interés para actuar, la existencia de la amenaza o vulneración del derecho, y la apariencia de buen derecho, pues de llegar a faltar alguno de ellos se producirá como

consecuencia la desestimación de la solicitud. (ii) Después de haber acreditado el demandante tales presupuestos, y luego de que el juzgador haya estimado que sí concurren, se pasará a la fase atinente a la necesidad, eficacia y proporcionalidad de la medida, pero no para negarla por completo sino para que el juez se aplique a estudiar con responsabilidad si esa precisa cautela que le ha sido pedida resulta necesaria, es eficaz y además proporcional, o, por el contrario, si a su juicio es menester decretar una “menor gravosa o diferente de la solicitada.”

3.3.5. Exceso de medidas cautelares.

Ahora bien y, a pesar de lo que acabo de decir, en mi opinión sí habría un caso en el que el juez tendría que negarse a decretar la medida aunque estén satisfechos los requisitos o presupuestos materiales para su procedencia, y es cuando advierta que no es necesaria por el exceso de cautelas, lo que ocurriría si el demandante pretende que además de la medida cautelar típica o nominada que el legislador previó para ese proceso en particular, también desea que le decreten otra de carácter atípica o innominada.

Ciertamente, por su excepcionalidad las cautelas genéricas o indeterminadas deben tener un tratamiento residual, lo que implica que no son concurrentes o simultáneas con las nominadas, sino sucesivas, es decir, que sólo operan en defecto de las otras y ante su imposibilidad de aplicarlas.

Así, si en un proceso se demanda la declaratoria de resolución de un contrato de compraventa celebrado respecto de un inmueble, como la pretensión versa sobre el derecho real de dominio el demandante podrá solicitar que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 590 numeral 1° literal a) del C.G.P. se decrete como medida cautelar la de la inscripción de la demanda. Empero, no debería tener eco su solicitud de que al abrigo de lo enunciado en el artículo 590 numeral 1° literal c) del C.G.P. se acceda también a una medida cautelar atípica que, para él, podría ser el embargo y retención de los dineros que su contraparte tenga depositadas en un banco.

De no acatarse esta mínima precaución, lo que va a suceder en la práctica forense judicial —e infortunadamente ya viene ocurriendo en algunos estrados— es que, so pretexto del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, a la parte demandada se le abruma con un exorbitante peso de las medidas cautelares, al punto de que enfrente o padezca: inscripción de demanda con base en el literal a) del artículo 590; inscripción de demanda con apoyo en el literal b) del citado artículo (que recae sobre otro bien distinto del envuelto en la controversia y que se abre paso cuando además de la pretensión declarativa se acumula una de condena relacionada con el pago de los perjuicios); y medida cautelar innominada pedida y decretada con fundamento en el literal c) de ese mismo artículo.

Como si ello no bastara para evidenciar el quebranto de las garantías del extremo pasivo, la regla en materia de medidas cautelares atípicas es que cuando se solicitan casi siempre terminan en el embargo y secuestro de bienes del demandado (así el peticionario recurra a eufemismos que desembocan en el mismo resultado), de tal suerte que ahora tenemos multiplicidad de procesos declarativos en los que, pese a su clásica incertidumbre acerca de la existencia del derecho, aun así quien los promueve lo hace con la ventaja de haber logrado, como si fuera

un ejecutivo y vía cautelar genérica, que mientras se tramita la causa su contraparte tenga los bienes fuera del comercio.

Para culminar con el último escalón de este inequitativo trato procesal, invito al lector a que no olvide que, de conformidad con el inciso 2° del literal b) del artículo 590 del C.G.P., si la sentencia de primera instancia le es favorable al demandante, éste podrá solicitar el embargo y secuestro del bien sobre el que pesaba la medida cautelar de inscripción de demanda, y de los demás que se denuncien como de propiedad y posesión del demandado (si es que ya no estaban embargados y secuestrados en virtud de la medida cautelar genérica); pero dicho demandado no cuenta con el correlativo derecho a solicitar el desembargo de sus bienes en aquellos casos en los que haya habido excesos en este sentido, ya que eso sólo es factible en los términos del artículo 600 del C.G.P., esto es, cuando con base en la sentencia de condena emitida en el proceso de conocimiento se acudió luego a tramitar el ulterior proceso ejecutivo, mas tal opción está vedada dentro del declarativo.[25]

3.3.6. ¿Facultades oficiosas en materia de medidas cautelares innominadas?

En los procesos declarativos de carácter civil, en principio está proscrito que el juez pueda decretar, de oficio, una medida cautelar genérica o innominada, pues para hacerlo requiere, como lo establece el numeral 1° del artículo 590 del C.G.P., que haya habido previamente una “petición del demandante.”[26]

Sin embargo, basta con que el promotor de la demanda formule una solicitud de esta naturaleza para que de inmediato —y producto de esa habilitación— invista al juzgador de la facultad de decretar, o la que aquel le pidió o la que éste considere menos gravosa o diferente de la solicitada. Adicionalmente, el juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer “de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.”

En consecuencia, una vez que haya sido facultado por el demandante para decretar una medida cautelar en los términos en antes dichos, el juez sí puede actuar de oficio en este campo y, motu proprio, disponer la “modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”, con lo cual se deja en manos del decisor un poderoso instrumento que, así como puede erigirse en garantía de la tutela judicial efectiva (cuando se ejerce con responsabilidad) también puede dar lugar a que se cometan las mayores arbitrariedades e injusticias al paralizar por completo todo el proyecto productivo de la empresa o persona natural que deba soportar sus efectos.

Mis fundadas prevenciones alrededor de esta última posibilidad se soportan en el hecho de que, imbuidos de neoconstitucionalismo, por un lado; y con mandatos como el del artículo 4° del C.G.P. que conmina al juez a “hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, de otro lado, es frecuente encontrar funcionarios justicieros que no reparan en el daño que sus medidas pueden causar, y sin la mesura y prudencia que la situación exige (afectadas en no pocas ocasiones por sus prejuicios ideológicos), terminan afectando de manera grave la igualdad de trato jurídico que debe dispensárseles a los contendientes, y en este caso en particular al demandado.

Reparos en esta misma línea de pensamiento los podemos encontrar en Hayek, para quien

“John Locke aclaró suficientemente el hecho de que no puede haber libertad sin ley. El conflicto se trenza entre las distintas especies de ley, diferentes a tal punto que, a duras penas, podemos designarlas mediante el mismo nombre: por un lado, las leyes de la categoría Regla de Derecho permiten al individuo prever de qué forma el Estado ejercerá su poder coercitivo y, al mismo tiempo, le permiten anticipar cómo actuarán los otros individuos en las mismas circunstancias. Por otro lado, las leyes que, en la práctica, le confieren a la autoridad la facultad de actuar como se le antoje. Por consiguiente, la Regla de Derecho no puede mantenerse en una democracia que no resuelve los conflictos de intereses de acuerdo con reglas preestablecidas, sino según ‘consideraciones oportunistas’.”[27]

Por lo demás, este tipo de medidas suelen dejar insatisfechas a ambas partes: al demandante, porque a su antojo el juez decretó o modificó una cautela distinta de la que había pedido; y al demandado, debido a que queda sujeto, primero, a la incertidumbre de no saber –y ni siquiera poder prever– qué medida cautelar solicitará su contraparte y cuál finalmente decretará el juez; y segundo, a ser sorprendido con que en cualquier momento el funcionario, de oficio, le modifique o sustituya la medida.[28]

Desde luego, es claro que las partes pueden recurrir en reposición y apelación el auto que resuelva sobre una medida cautelar, mas ello no alcanza a mitigar sus nefastas consecuencias –principalmente en lo que concierne al demandado– porque la alzada se surte en el efecto devolutivo, y además el extremo pasivo dispone de muy poco tiempo para impugnar esa providencia (ya que debe hacerlo dentro del término de ejecutoria), a lo que se le suma la dificultad –que adquiere tintes de proeza– de lograr la revocatoria de una decisión que, se supone, fue adoptada después de un pormenorizado y juicioso estudio de los presupuestos materiales que hay que valorar para su procedencia.

Finalmente, antes de concluir este artículo, y con el ánimo de evitar cualquier malentendido que pudiera dar pábulo para que se piense que en él lo que hay es una diatriba en contra de las decisiones jurisdiccionales y que las observaciones críticas aquí contenidas son un ataque personal producto del resentimiento del autor; dejo en claro que yo no solo soy abogado litigante sino además árbitro nacional y conjuez de la sala civil del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, por lo que en estas dos últimas condiciones también actué como juzgador y, en consecuencia, como alguien que debe pronunciarse acerca de la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas que al respecto me eleve la parte demandante.

Por consiguiente, los respetuosos planteamientos que en torno a esta figura he formulado, junto con los que a continuación diré en el apartado de las conclusiones, no reflejan una animadversión hacia quienes nos dispensan justicia (por el contrario, defiendo y valoro en grado sumo su [nuestra] trascendental función), y de ahí que su propósito –presentado desde una perspectiva académica– no sea otro que el de contribuir al robustecimiento de los elementos de juicio con base en los cuales podamos diseñar, algún día, un proceso mejor que equilibre en sus justas proporciones los derechos y garantías con que cuentan ambas partes, y no solo una de ellas.

4. Conclusiones [\[arriba\]](#)

i. Las medidas cautelares atípicas previstas indiscriminadamente para toda clase de procesos declarativos civiles (pues antes de la expedición del C.G.P. ya existían para unos pocos y muy precisos asuntos), dejan al descubierto un doble juego de falsificación: los jueces sienten que no prejuzgan al decretarlas porque la ley —acudiendo a lo que no es más que una ficción insostenible en el plano antológico— les dice que al obrar de ese modo no incurrirán en esa conducta; y unos y otra consideran que como los fines que persiguen son —al menos teóricamente y en abstracto— plausibles, dicho instrumento está más que justificado.

ii. Al razonar de ese modo, no reparan en que a la larga se atenta contra la coherencia y la legitimidad del sistema jurídico, en la medida en que se entroniza el uso de un mecanismo que permite doblegar, a priori, a la parte demandada (máxime cuando ésta carece de recursos para ofrecer caución que impida que se materialicen o levanten las cautelas), con lo cual el proceso se adelanta en todas sus instancias desconociendo la presunción de inocencia y la igualdad de trato jurídico.

iii. Con la excusa de la tutela jurisdiccional efectiva, un juez o árbitro no debería estar haciendo acciones afirmativas en el marco de un proceso donde se discuten cuestiones de contenido puramente patrimonial, porque además de que ese no es el escenario propicio para realizarlas, por esa vía termina consolidando una de las más peligrosas manifestaciones del activismo judicial a ultranza: el eficientismo, el cual, como se sabe y padece, privilegia la meta por sobre el método, y no se para en mientes a la hora de emplear cualquier medio que a su juicio le permita arribar rápida y fácilmente a su loable fin.

iv. El fallecido escritor colombiano R.H. Moreno Durán decía que el aforismo “el fin justifica los medios”, no tiene principios. Por eso el colectivo social acepta, sin percatarse del trasfondo, decisiones por conveniencia, por la bondad de sus resultados, e incluso por comodidad, pero que no respetan las garantías procesales y que incluso resultan exóticas y subversivas frente al debido proceso, como sucede con las que tienen que ver con el derecho fundamental a que nuestra causa la juzgue siempre un juez imparcial, mediante una igualdad de trato jurídico y acatando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

v. Por mi formación y convicción de talante liberal, soy un jurista del contrapoder. ¿De cuál? Del poder del Estado que nos avasalla permanentemente y con autoritarismo, y que permite que una de sus ramas, en este caso la judicial, invada la órbita de competencia de las otras. Por ese motivo rescato el poder del individuo, el de su propia inteligencia y libertad ejercida con responsabilidad, capacidad y liderazgo. Abomino los mesianismos, cualquiera que sea su origen, y tengo plena conciencia, como se desprende del influjo derivado del análisis económico del derecho, que las personas somos “egoístas racionales.” Discrepo de los solidarismos impuestos a la fuerza, y menos en el marco de un proceso, y naturalmente me levanto en contra de actitudes o decisiones que contraríen la esencia de una democracia republicana. Por último, afirmo que la invocación al Estado social de derecho no legitima los desafueros de que somos víctimas, pues, como lo expresó la Corte Constitucional colombiana en una sentencia que, a pesar de ser precedente todos hacen caso omiso de ella, incluida esa misma corporación

“El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que

ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino.”[29]

Bibliografía [\[arriba\]](#)

ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs), Confirmación procesal. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2007.

BALANTA MEDINA, María Patricia. La infra-aplicación de la Constitución. Una teoría para Colombia en el marco de las medidas cautelares. Libro de memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2014.

BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. Libertad y necesidad en la historia. Madrid, Revista de Occidente, 1974.

CHIOVENDA, José. Derecho procesal civil, Tomo I. Reus. Madrid, 1922.

FROMN, Erich. El miedo a la libertad. Editorial Paidós y Planeta-de Agostini. Barcelona, 1985.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Medidas cautelares. Introducción a su estudio. 2ª edición. Temis-Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá, 2005.

HAYEK, Friederich. La route de la servitude. Trad. G. Blumberg. Paris, Ed.PUF/Quadrige, 2011.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Medidas cautelares en procesos arbitrales, Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007.

LAPORTA J., Francisco. El imperio de la ley. Una visión actual. Ed. Trotta. Madrid, 2007.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, tomo II, Parte Especial, 8ª edición. Dupré Editores. Bogotá, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. La paradoja procesal del siglo XXI. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas cautelares innominadas. Libro de memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre. Bogotá, 2013.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique, Procesos y medidas cautelares, 2ª ed., Okey Editores. Bogotá, 1991.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel y Ramos Méndez, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974.

SOARES, Carlos Henrique (coord.). Proceso democrático y garantismo procesal. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015.

ZULETA, Estanislao. Elogio de la dificultad y otros ensayos. Fundación Estanislao Zuleta, 6ª edición. Bogotá, 2004.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. García Sarmiento, Eduardo. Medidas cautelares. Introducción a su estudio. 2ª edición, Bogotá, Temis-Ediciones Jurídicas Radar, 2005, p.10

[2] Cfr. Hernández Villarreal, Gabriel Medidas cautelares en procesos arbitrales, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 189-190.

[3] Chioyenda, José. Derecho procesal civil, Tomo I, Reus, Madrid, p. 281, citado por Hernández Villarreal, ibídem, p.190. La sospecha del deudor aparecía en el artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 (no reproducida en la de enero 7 de 2000), y partía de la base de que para decretar el embargo preventivo era necesario: 1. Que con la solicitud se presentara un documento del que resultara la existencia de la deuda, y 2. Que el deudor contra quien se pidiera se hallara en uno de los siguientes casos: a) Que fuera extranjero no naturalizado en España; b) Que, aunque fuera español o extranjero naturalizado, no tuviera domicilio conocido, o bienes raíces o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde correspondía demandarle en justicia el pago de la deuda o, c) Que aunque tuviera las circunstancias que acaban de expresarse, hubiera desaparecido de su domicilio o establecimiento sin dejar persona alguna al frente de él, y si la hubiere dejado, que ésta ignorara su residencia, o que se ocultara o existiera motivo racional para creer que ocultaría o malbarataría sus bienes.

En la actualidad, en Argentina el CPCCN (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) en el art. 209, inc. 1° e inc. 5°, contempla, con ocasión del decreto de un embargo preventivo, otro caso de sospecha del deudor al preceptuar que: “Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes: 1. Que el deudor no tenga domicilio en la República (...)

5. Que aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.”

[4] Cfr. Serra Dominguez, Manuel y Ramos Méndez, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974, p. 12.

[5] Cfr. Balanta Medina, María Patricia. La infra-aplicación de la Constitución. Una teoría para Colombia en el marco de las medidas cautelares. En: Libro de memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2014, p.1131.

[6] Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. “El garantismo procesal”. En: Carlos Henrique

- Soares (coord.) et al, Proceso democrático y garantismo procesal. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp.14-48.
- [7] Cfr. Montero Aroca, Juan. La paradoja procesal del siglo XXI. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014
- [8] Cfr. Laporta J., Francisco. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 15-16
- [9] Cfr. Fromn, Erich. El miedo a la libertad, Barcelona, editorial Paidós y Planeta-de Agostini, 1985, p 272
- [10]Cfr. Berlin, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. En: Libertad y necesidad en la historia. Madrid, Revista de Occidente, 1974, pp.145-146.
- [11]Cfr. López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, tomo II, Parte Especial, 8ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2004, p.847.
- [12] República de Colombia. Código General del Proceso, artículos 23, inciso 2°; 24, 589 y 590.
- [13] República de Colombia, Ley 1563 de 2012 o Estatuto de Arbitraje Nacional e internacional, artículos 32 y 71.
- [14] Cfr. López Blanco, ib.
- [15] No obstante, en casos excepcionales la medida perdura más allá del proferimiento de la sentencia, como sucede en la hipótesis del artículo 598 numeral 3° del C.G.P., según la cual el embargo y secuestro de bienes que puedan ser objeto de gananciales continuarán vigentes por dos meses más, a la espera de que se promueva la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.
- [16] Cfr. Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, Procesos y medidas cautelares, 2ª ed., Okey Editores, Bogotá, 1991, pp. 26 y 27.
- [17]Cfr. Parra Quijano, Jairo. Medidas cautelares innominadas. En: Libro de memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2013, p.302.
- [18]Cfr. Zuleta, Estanislao. Elogio de la dificultad y otros ensayos. Bogotá, Fundación Estanislao Zuleta, 6ª edición, 2004, p.100.
- [19] Ibid, p.100
- [20]Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa.” En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs), Confirmación procesal. Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2007, p. 8
- [21] Ibid., p. 9.
- [22]Cfr. Alvarado Velloso, “El garantismo...”, op. cit., p.20
- [23]Artículo 599 del C.G.P., inciso 4°: “En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre las que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.”
- [24] Artículo 590 del C.G.P., literal c), inciso 4°
- [25]Para reducir el impacto de esta norma, el artículo 590 literal b) inciso 3° dice que el demandado podrá prestar caución encaminada a impedir que se practiquen las medidas, o que se levanten; sin embargo, esa norma es inane porque en ese evento el monto de la caución será por el valor total de las pretensiones y, a menos que se trate de un resistente muy adinerado, en el grueso de los casos no le resultará viable acogerse a esta prerrogativa.
- [26] Esta limitación no opera en las medidas cautelares de carácter personal (que

no patrimonial) susceptibles de ser decretadas dentro de un proceso de familia, ya que en relación con ellas el artículo 598 numeral 5° del C.G.P. prevé que, si el juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas: “f) A criterio del juez cualquier otra medida para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente.”

[27] Cfr. Hayek, Friederch. La route de la servitude. Trad. G. Blumberg. Paris, Ed.PUF/Quadrige, 2011, p.65.

[28] Aunque el artículo 590 literal c) establece que “El juez (...) podrá disponer de oficio o a solicitud de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”, lo que significa que el demandado puede hacer uso de esta opción, tal prerrogativa también la tiene el demandante, y ello en la práctica se traduce en que el extremo pasivo vive en un permanente estado de incertidumbre, pues su suerte en este campo depende de lo que haga el juez o pida su contendiente.

[29] República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.