

DERECHO PROCESAL

Las medidas cautelares en el proceso civil

Por: Lic. Gilberto Ramirez Melara ^{1*}

Respecto a su origen es importante destacar que el derecho a la propiedad y a un debido proceso forman parte precisamente de los llamados Derechos Humanos de primera generación, que empezaron a ser reconocidos en los movimientos revolucionarios de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, de los siglos XVII y XVIII, época en la que se inicia una etapa de reconocimientos y declaraciones que suponen dos afirmaciones fundamentales:

- 1- La que el individuo es dueño de una esfera de libertad personal en la que el poder estatal no debe intervenir, y
- 2- La de que toda actividad del Estado debe estar sometida a normas jurídicas precisas, de suerte que el ejercicio del poder esté debidamente limitado y garantizar así la vigencia plena de los derechos del ser humano.

La Procesalista María Pía Calderón Cuadra, invocando al también Procesalista Lalinde Abadía, manifiesta que el origen de las Medidas Cautelares seguramente se remontan al comienzo del proceso, ubicándolas en Las Partidas, antecedente inmediato de muchas de nuestras leyes actuales, en las que encontramos dos figuras fundamentales que, procedentes del derecho romano, pretendían garantizar las resultas del juicio, siendo esta: El arraigo y el secuestro.

El actor cuando se dirigía al órgano jurisdiccional para hacer valer su pretensión tropezaba, a la hora de obtener una resolución favorable, con un doble inconveniente. Por un lado que su deudor careciera de arraigo suficiente; por otro que aun cuando fuese "raygado", existiese la fuerte sospecha que intentaría enajenar o esconder los bienes cuya reclamación era objeto del litigio. La solución a la primera situación aparecía regulada en la Tercera Partida, Título Segundo, Ley XLI y consistía en una petición del demandante al juez para que

* Abogado, Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Juez de Instrucción y ex Fiscal.

su deudor (demandado) no "raygado en tierra" presentara fiador asegurando que a pesar de ello iba a esta a derecho. La segunda, por su parte, era resuelta en la Tercera Partida, Título IX, mediante la institución del secuestro, pretendiendo solucionar con éste el conflicto producido entre una desposesión anterior a la sentencia y una posible frustración del derecho del actor reconocido al final del litigio.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

Víctor De Santo, en su diccionario de Derecho Procesal las define así "Son las que se adoptan en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores", concepto que no se encuentra alejado de otros tratadistas como José Almagro Nosete, quien dice que las Medidas Cautelares son las que se adoptan judicialmente, antes o en el curso del proceso declarativo, para evitar que el estado de cosas, coetáneo al inicio de la pendencia, se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que haya de recaer o para subvenir a la regulación contra la situación provisional originada por aquélla. Manuel Osorio, por su parte, quien las denomina Medidas Conservativas, dice que es el conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro.

En cuanto a la denominación que tienen (IMPUESTAS POR Ramiro Podetti en su tratado de las Medidas Cautelares, en el año de 1969), debo

destacar que es la más acertada, pues nos da la idea de su objeto y de su resultado. No obstante que Podetti, le da el significado de "decisión", su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque nos indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, la que no implica solamente algo sino ponerlo en ejecución.

Como podemos apreciar, en el transcurso del proceso hasta la sentencia definitiva pueden surgir una serie de circunstancias que pueden tornar imposible o dificultar la ejecución forzada, o que se diluyan los efectos de la decisión final, por ejemplo la desaparición de los bienes del deudor; o que se altere el estado en un hecho existente al promoverse la demanda. Situaciones que hacen imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión, por lo que se vuelve imperiosa la necesidad de invocar diversas medidas, cuyo único objeto será asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que judicialmente deba adoptarse por el funcionario correspondiente.

En cuanto a su Naturaleza, debo mencionar que la doctrina, la ha estudiado desde un triple punto de vista: 1) Como acción; 2) Como proceso; 3) Como sentencia o providencia. Todo esto ha hecho que se hable indistintamente de acción cautelar, proceso cautelar y sentencia o providencia cautelar. Sin embargo, debe atenderse al moderno concepto de Acción, en el que debemos tomar en cuenta que la acción es una sola, es decir, desde una noción unitaria que impide su fraccionamiento se puede excluir el concepto de acción cautelar, esto pese a la divergencia doctrinal existente.

En cuanto al llamado "proceso cautelar", este nos remite al trámite autónomo o accesorio de estas medidas. Por último, respecto al concepto de Sentencia Cautelar, éste debe excluirse, pues la Sentencia como acto procesal no es más que una parte de un todo, siendo ese todo el que debe estudiarse y calificarse. El contenido de Las Medidas Cautelares integran la justicia preventiva o cautelar, en este sentido el derecho a la justicia cautelar forma parte del más amplio derecho a la jurisdicción o derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que son actos procesales que deben adoptarse antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de que se dicte una sentencia favorable. La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional y que debe restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho, y está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra, como consecuencia, las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar el resultado de juicio, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible el cumplimiento de la sentencia.

II. FUNDAMENTO

Debemos destacar que para una mejor eficacia del proceso civil, las Medidas Cautelares deben ser reguladas en una forma adecuada, por cuanto suponen una garantía en la Administración de Justicia y tutela de los derechos de los justiciables. La diversidad de las posibles medidas, en correlación con la multiplicidad de objetos litigiosos, hace sumamente variable el origen, concre-

to alcance y contenido de las mismas.

Una medida cautelar no puede adoptarse sobre la base de la petición pura y simple del solicitante, para ello es necesario que concurran una serie de requisitos que justifiquen una probable injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo, por tal razón para la adopción de una medida cautelar es exigible la presencia de un *fumus boni iuris* y de un *periculum in mora*, cuyas definiciones son tradicionales para los ya clásicos apariencia del buen derecho y peligro en la demora.

III. EL FUMUS BONI IURIS.

A efecto de ser adoptada cualquier tipo de Medida Cautelar, debe exigirse, por el juzgador, que el solicitante acredite el derecho o las razones que puedan servir de base para fundar su pretensión, o como dice el Procesalista Raúl Martínez Botos, que el derecho invocado sea verosímil; Esto tiene razón de ser, pues iniciar un proceso sencillo, bastando afirmar la presencia de un presunto derecho; sin embargo, obtener una sentencia favorable exige la convicción judicial de la existencia cierta mismo, Es el desarrollo del proceso el que permitirá la transformación de la simple afirmación en certeza.

Así, también, cuando se solicita la aplicación de una Medida Cautelar, debe afirmarse la presencia de una situación jurídica cautelable; sin embargo, la resolución sobre dicha pretensión va a tomar su basamento, no en la certeza sino en la apariencia, en la verosimilitud del derecho que se alega, entendido como la posibilidad de que éste existe.

El *fumus boni iuris*, se constituye como una vía intermedia, pues se sitúa "entre la certeza que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso"; Así las cosas, solo se puede adoptar la Medida Cautelar, cuando la posición del que la solicita sea jurídicamente aceptable, cuando la situación jurídica cautelable se presente como "probable con una probabilidad cualificada".

La apariencia de certeza o credibilidad del derecho invocado por quien pretende la traba de una medida precautoria es un requisito que no se puede obviar para fundar su admisibilidad por cuanto esta importa un gravamen que no debe ser impuesto a la contraparte si no lo justifican motivos serios.

El peticionante de una medida cautelar no puede quedar relevado en forma absoluta del deber de comprobación del principio de bondad del derecho que invoca, para lo cual deberá arrimar los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del tribunal sobre la apariencia de certeza o credibilidad.

IV. EL PERICULUM IN MORA.

Este se constituye como requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar -junto con la verosimilitud del derecho- el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no puede, en los hechos, hacerse efectiva (*periculum in mora*).

Esto en otro sentido, no significa más que en razón del transcurso del tiempo,

los efectos de la decisión final resulten estériles.

Se ha dicho que el presupuesto de toda medida precautoria, además de la verosimilitud del derecho, es el peligro en la demora. La primera debe, entonces, entenderse, como la posibilidad de que el derecho exista y el segundo como la posible frustración de los derechos del pretendiente, que pueda darse como consecuencia del dictado de pronunciamientos inoficiosos o de imposible cumplimiento.

En ese mismo sentido, se ha dicho, que uno de los requisitos generales, en que se funda la procedencia de las medidas cautelares es la existencia del peligro en la demora, o sea, de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta no sea cumplida.

La Ley, a veces exige explícitamente la justificación del peligro en la demora, empleando literalmente esta expresión u otras de similar significado (como, "perjuicio inminente o irreparable"; "urgencia o circunstancias graves").

En resumen el peligro en la demora (*periculum in mora*) es, en definitiva, el presupuesto que da su razón de ser a la institución de las medidas cautelares. En efecto, si estas tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia, es obvio que si tal peligro no existe, no se justifica la adopción de una medida cautelar.

V. CARACTERÍSTICAS.

De acuerdo a lo antes visto, las medidas cautelares, revisten de las siguientes características:

- └ Son instrumentales por cuanto no tienen un fin en si misma sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Las medidas cautelares, están destinadas a transformarse en actos de ejecución o en medidas definitivas dimanantes de la sentencia que recaiga, o bien a levantarse o alzarse o modificarse en caso de que la sentencia sea absoluta o desaparezcan, también, las circunstancias fácticas que la justifican.
- └ Son provisionales y aún revocables, siendo los motivos por los cuales se revocan los siguientes:
 - a) Por vía de recurso, ante cuya procedencia el superior revoca la medida;
 - b) Por extinción del proceso con anterioridad a la sentencia definitiva, ya sea por caducidad de la instancia, conciliación, desistimiento, etc.;
 - c) Por caducidad de la instancia, conciliación, desistimiento, etc.;
 - d) Por caducidad como ocurre, por ejemplo, cuando no se interpusiere la demanda dentro del plazo establecido al de su traba (caso del acto previo).
- e) Por sentencia definitiva que rechaza la demanda.
- └ Son modificables; es decir, que pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas, siempre y cuando se justifique que las ya existentes no cumplen en forma adecuada la función de garantía a la cual estaban destinadas.
- └ Son discrecionales, esta característica está representada por la facultad que la ley le da al juez para que pueda disponer una medida distinta de la pedida o bien limitarla a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al afectado por dicha medida, esto es precisamente porque el juez en su actuación debe evitar que una medida cautelar sea usada para causar un daño o lograr un elemento de presión inadmisibles en la contienda judicial, por ser de carácter inconstitucional.
- └ Son adoptadas mediante resolución judicial, cuya exigencia previa es precisamente que la parte interesada la solicite, y una vez acreditadas las circunstancias de hecho, algunas son resueltas sin que sea necesario oír a la contraparte (medidas cautelares **inaudita parte**); Aunque en otras se exige la audiencia de la contraria.

Las medidas cautelares pueden darse previamente o simultáneamente al comienzo del proceso, o bien pueden darse en el curso del mismo cuando surgen o se conocen los riesgos o peligros que justifican su adopción. Respecto de las medidas adoptadas an-

tes de iniciarse el proceso, en cuanto dependientes y subordinadas al resultado de éste, como todas las medidas cautelares, deben someterse a plazo de caducidad en cuanto a su validez, esto por supuesto si el proceso principal no se deduce o plantea dentro del plazo que se ha señalado para así hacerlo.

A este respecto, **EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA** establece, entre otras cosas, que el tribunal debe apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada; si se estima suficiente, debe establecerse el alcance, determinarse el tiempo durante el cual estará vigente; se puede además resolver de oficio a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

VI. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares se clasifican:

- ◆ En razón del alcance más o menos concreto de su regulación, pueden ser:

Específicas o determinadas, que son las que reciben el nombre propio y una regulación legislativa detallada y de acuerdo con los supuestos concretos que autorizan su adopción (ejemplo embargo preventivo);

Generales o innominadas o indeterminadas, las que de acuerdo con las líneas amplias señaladas por el legislador, pueden tener un contenido variado en relación con las finalidades normativas.

- ◆ En atención a la vinculación o sujeción que establecen, según recaiga sobre personas o cosas, pueden distinguirse:

Medidas personales (como las que se adoptan respecto de cónyuges e hijos en los asuntos matrimoniales);

Medidas reales (como el embargo, las anotaciones preventivas, etc.)

También es posible, seguir una clasificación de las medidas cautelares en función de la naturaleza del objeto litigioso (como el aseguramiento de obligaciones de entregar una suma de dinero, de entregar cosas determinadas, de obligaciones de hacer o no hacer)

VII. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

En nuestra actual normativa procesal civil, encontramos un procedimiento de carácter especial, como lo son los actos previos a la demanda, los que de acuerdo a mi opinión particular son mal llamados procedimientos cautelares por la doctrina, esto es precisamente porque al analizar cada uno de los casos que se plantean, el único que reviste la característica de ser medidas cautelar es el secuestro preventivo de bienes (que en caso de aplicarse sobre inmuebles, trae como consecuencia la anotación preventiva a efecto de inmovilizar el bien), así mismo dentro del juicio ejecutivo al decretarse embargo en bienes del deudor, se está adoptando una medida cautelar, que como fue dicho anteriormente, se

adopta "inaudita parte", (sin oír a la parte contraria), y que tal como lo dicen los procesalistas, No es más que para asegurar un buen resultado en el juicio. Como las anteriores podemos mencionar una serie de medidas cautelares que pueden ser adoptadas dentro del proceso (o antes inclusive). El procedimiento, sin embargo, debe regularse en forma adecuada, tal como fue establecido en los fundamentos, a efecto de permitir que un resultado satisfactorio en el proceso.

Así las cosas, e invocando lo dispuesto en EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, las medidas cautelares deben adoptarse en cualquier proceso tanto contencioso como administrativo, Estableciéndose en el mismo que se pueden invocar tanto antes del proceso como en el transcurso del mismo.

Resulta obvio que la petición para que se aplique una medida cautelar debe fundamentarse en las razones necesarias para su adopción, así como la determinación precisa de la medida solicitada y el alcance que debe tener; La fundamentación de hecho de la medida, debe ser el resultado de la información que ofrezca sumariamente o de los elementos que ya existen en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad de los hechos o de la naturaleza de los mismos.

Ante la petición, el tribunal debe decretar de inmediato el diligenciamiento de la información, pudiendo dispo-

ner de los trámites necesarios o convenientes para tal efecto.

Una vez que se ha realizado el trámite ya antes mencionado el tribunal decretará, sin conocimiento ni intervención de la contraparte -inaudita parte-, la admisión o el rechazo de la medida, expresando el alcance de las mismas.

En la toma de decisión sobre la medida cautelar, el efecto o cumplimiento que produce la misma, no puede ser detenido por ningún incidente o petición planteado por el destinatario.

En razón de que el afectado por la medida cautelar no haya tenido conocimiento de las medidas adoptadas, debe entonces notificársele dentro de tercero día de cumplida, esta notificación es importante pues la resolución que decreta la aplicación de una medida cautelar es apelable solamente en el efecto devolutivo, así como también es apelable, bajo el mismo efecto, cualquiera otra resolución que modifique la medida.

Asimismo en caso que el tribunal estime necesario evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar en forma provisional los efectos de la decisión sobre el fondo, puede perfectamente adoptar medidas provisionales y anticipativas (medidas cautelares). Con lo cual se confirma el hecho que las medidas cautelares pueden ser adoptadas a petición de parte o de oficio.

Bibliografía:

- Martínez Botos, Raúl. MEDIDAS CAUTELARES. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, primera edición.
- Calderón Cuadrado, María Pía. LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, primera edición 1992.
- Novelino, Norberto José. EMBARGO Y DESEMBARGO Y DEMAS MEDIDAS CAUTELARES, Editorial Abeledo-Perrot, tercera edición actualizada, 1991-1992.
- Almagro Nosete, José. DERECHO PROCESAL. Tomo I, PROCESO CIVIL. Volumen segundo, Editorial Trivium, 1996.
- Hoyos Henrichson, Francisco. TEMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO PROCESAL, Editorial Jurídica de Chile, primera edición 1987.
- V. Acosta, José. EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR. Editorial Rubinzal-Culzoni, 1986.
- Arias Ramos, J. DERECHO ROMANO, volumen 1. Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- De Hinojosa, Eduardo. BIBLIOTECA JURIDICA DE AUTORES ESPAÑOLES, volumen 16, HISTORIA DEL DERECHO ROMANO, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885.
- De Santo, Victor. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- Vescovi, Enrique. CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda edición.