

# LOS ACTOS PROCESALES DE CAUTELA EN EL PROCESO JUDICIAL DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dr. JORGE FLÓREZ GACHARNÁ

Fecha de recepción: 30 de abril de 2009 - Fecha de aceptación: 1º de julio de 2009

## Resumen

Como los artículos 228 y 229 de la Carta Política atribuyen a los ciudadanos el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, las cautelas ocupan lugar privilegiado para su materialización y aunque son bastantes los logros, es mucho lo que falta para ponernos a tono con las exigencias del modelo de Estado que proyecta la Carta Política.

Parodiando al PIERO CALAMANDREI, si el proceso cautelar facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos, el proceso judicial dentro del Estado Social y Democrático de Derecho debe facilitar la efectivización de los valores y principios con apoyo en una ambiciosa sistemática regulación que incluya la cautela innominada.

**Palabras Clave:** *Medida cautelar, medida provisional, taxatividad de las cautelas, cautela innominada.*

## Abstract

As articles 228 and 229 of the political letter attribute to the citizens the fundamental right of effective access to the justice administration, the cautions occupy place privileged for their materialization and although the profits are enough, is what lacking much to put to us to tone with the exigencies of the model of State that projects the political letter.

As PIERO CALAMANDREI said, if the precautionary process facilitates to another main process the effectiveness of its effects, the judicial process within the Social and democratic State of right must facilitate the efectity of the values and principles with support in an ambitious systematics regulation that includes the un-named caution.

**Key Words:** *Measure to protect; provisional measure; cautions taxativity; nameless caution.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Como lo hemos venido afirmando en ensayos anteriores, resulta complejo el tránsito del proyecto denominado ESTADO DE DERECHO LIBERAL, previsto en la Constitución de 1886, que en nuestro sentir no tuvo plena vigencia, al denominado ESTADO SOCIAL DE DERECHO que apenas comienza a decantarse.

El concepto individualista, propio del primero, genera una ardua lucha frente a los principios de participación, pluralismo, solidaridad, prevalencia de interés general, seguridad jurídica, convivencia pacífica, orden justo e igualdad real que predica el segundo.

Por ello, el proceso judicial, mirando desde el ángulo del Estado-Juez, debe construir el medio que la jurisdicción ejerce para garantizar la efectividad de éste como de los derechos y deberes que consagra la Carta Política, como protector de la vida, la honra, las creencias y demás derechos y libertades, pero fundamentalmente para la seguridad jurídica en el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por otro lado, la esfera jurídica sustancial de las personas que aparecen como partes de un proceso no debería verse afectada por la iniciación de éste. El proceso, en su propia esencia, responde a una situación de incertidumbre y esta no debería permitir alteraciones en la situación jurídica de las partes. Estas alteraciones sólo deberían producirse cuando de la incertidumbre se pase a la certeza, esto es, cuando el proceso llegue a establecer el reparto irrevocable de los derechos y las obligaciones.

Sin embargo este principio teórico, que aparece evidente, se ve conculcado con reiteración en todos los códigos procesales. Durante la pendencia del proceso, e incluso antes de ella, los códigos permiten al juez la adopción de medidas como estas:

1. El artículo 444.1, a) del Código de Procedimiento Civil y respecto del divorcio del matrimonio civil (pero en general en los procesos matrimoniales) que se tramita por el proceso verbal sumario, permite y ordena al juez acordar la separación provisoria de los cónyuges e incluso, si éstos fuesen menores, el cuidado de los mismos en casa de sus padres o parientes, desde antes de la presentación de la demanda y b) poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos o de un tercero, cuando lo considere conveniente.

Al hablar de depósito de los cónyuges es, sin duda vejatorio. En España también se hacía referencia al depósito, pero aquí de mujer casada, hasta la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1958. En Colombia es la ley 1ª de 1976 la que utiliza esta terminología.

2. Con base en distintos preceptos legales al juez debe acordar la prestación de alimentos provisionales mientras dura la tramitación del proceso. Ello procede en dos situaciones distintas:

a) Cuando existe un proceso principal de reclamación de alimentos definitivos: este es el caso del artículo 448.1 C.P.C.; lo que se pide para la sentencia, se concede provisionalmente desde la admisión de la demanda.

b) También debe acordarse los alimentos provisionales, aunque el proceso principal no se refiera a ellos en el caso de los procesos matrimoniales y así el artículo 442 C.P.C. respecto de la nulidad del matrimonio civil, pero más en general el art. 27 de la Ley 1ª de 1976; aún no versando directa y principalmente el proceso sobre alimentos, éstos se dan provisionalmente desde la presentación de la demanda.

Puede citarse también el caso de los alimentos del quebrado.

c) A lo largo del estatuto procesal civil hay multitud de referencias a cauciones. Vista con apresuramiento pudiera parecer que todas cumplen la misma función y, sin embargo, a pesar de la existencia de unas normas comunes, las funciones a cumplir son muy distintas. Para comprenderlo compárense las cauciones de:

a) Art. 47, la relativa al agente oficioso procesal para responder de que el demandante lo ratificará dentro de los dos meses siguientes.

b) Art. 690.1, b), la que ha de presentarse por el demandante, en el caso de secuestro de bienes muebles en el proceso ordinario, y

c) Art. 690.5, III, en la que la caución sustituye a otra medida cautelar.

En estos casos la caución se presta para realizar actos procesales; esto es, sin ella no puede realizarse el acto procesal pedido por la parte y establecido por la ley; pero aquellos pueden ser distintos.

d) La admisión de la demanda va a producir, con determinados presupuestos que no son del caso, su anotación preventiva (léase su inscripción). Cabría referirse así a los artículos 690.1. a) y 692 del mismo ordenamiento observemos que no se trata sólo de bienes inmuebles, sino también de naves y aeronaves.

e) Hemos dejado para el final los casos más graves de injerencia en el patrimonio del demandado: el embargo y secuestro. La mera admisión de la demanda la posibilita.

A todo este conjunto de actos, se les suele calificar de medidas provisionales, preventivas, de seguridad, de precaución, de precautorias, etc.; en los últimos años la palabra cautelar ha ido haciéndose mayoritaria y hoy suele hablarse de medidas cautelares para referirse a situaciones muy dispares, tan dispares como son los ejemplos antes expuestos.

Se pretende señalar que se está llamando medida cautelar a cualquiera decisión adoptada por el juez a lo largo del proceso, siempre que signifique salirse del curso regular de éste. Como ocurre tantas veces hemos pasado de la nada al todo; de desconocer lo cautelar a que todo sea cautelar; habrá que buscar el término medio y reconducir lo cautelar a lo que sea en sentido estricto e insistir en un sistema cautelar que responda a las exigencias del modelo constitucional.

## **2. FALTA DE SISTEMA Y CONFUSIÓN**

Todas estas medidas han venido careciendo legalmente de una unidad de tratamiento y así cabe descubrirlas dispersas en las leyes. Aunque aquí, con los ejemplos, hemos pretendido rastrear el Código por lugares muy distintos. El Código Procesal Civil dedica su Libro IV a lo que llama "Medidas Cautelares", pero a lo largo de aquel, fuera de ese libro, se encuentran muchas medidas que el mismo califica también de cautelares.

Esta falta de concepto legal no es exclusiva de nuestro Código. En la legislación española, una de nuestras fuentes directas, ni siquiera existe un libro o título con esa rúbrica, limitándose a una regular el embargo preventivo, el aseguramiento de bienes litigiosos y la denominada potestad cautelar genérica.

Pero lo más grave no es la falta del sistema en la ley; lo más grave es la falta de sistema en la doctrina. Debemos convenir que la elaboración de un sistema es algo propio de la ciencia, no del legislador, aunque la existencia de un sistema legal no es sólo un prurito teórico sino que lleva implícitas importantes consecuencias prácticas.

Ocurre así que en ocasiones los autores se limitan a estudiar los distintos procesos, refiriendo a cada uno de ellos alguna o algunas medidas que llaman cautelares, y todo ello sin un verdadero sistema. Esto es lo que se hace por ejemplo, cuando se alude con carácter general a la tutela cautelar y a la acción de aseguramiento o cautelar, llegándose a hablar de proceso cautelar, pero no se utilizan estos conceptos generales a la hora de establecer una sistemática, estudiándose la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles a continuación de la demanda, las condiciones como *apéndice a la parte general y refiriéndose en cada proceso* a las muy diversas medidas que suelen calificarse de cautelares.

En España, LEONARDO PRIETO-CASTRO<sup>1</sup> distingue entre **dos grandes grupos de medidas cautelares**;

- a) **Las que tienen por objeto garantizar la efectividad de la sentencia** que se dicte en un proceso ya pendiente o futuro, que se estudian como conjunto y al final de la obra, y
- b) **Las que tienden a proporcionar o conservar a la parte una posición necesaria o jurídicamente conveniente en el proceso, que son tratadas de manera dispersa.**

En Alemania, HABSCHEID habla de medidas provisionales y dentro de ellas distingue entre:

- a) Las que tienden a asegurar el éxito de una ejecución forzosa posterior, y
- b) Las que tienden a fijar provisionalmente una situación jurídica en espera de un juicio definitivo de naturaleza constitutiva, que establecerá las nuevas relaciones entre las partes.

Por último, en Italia CARPI y con referencia a la tutela jurisdiccional de urgencia distingue entre:

- a) Tutela de urgencia tutelar, caracterizada por la nota de la instrumentalizada en los términos fijados por PIERO CALAMANDREI<sup>2</sup> y a los que aludiremos después, y
- b) Tutela de urgencia satisfactiva interina, realizada por medio de resoluciones dictadas en el curso de un proceso de cognición y dirigida, no tanto a garantizar el éxito de este juicio, cuanto a asegurar una inmediata realización de la situación hecha valer, pero en todo caso con carácter provisional.

Para entender esta distinción, que con uno u otro matiz se repite en autores diversos, puede ser conveniente poner un ejemplo de cada uno de los elementos de aquélla. Tiende a garantizar la efectividad de la sentencia la anotación cautelar de la demanda; tiende a proporcionar a la parte **tutela de urgencia satisfactiva interina la prestación de alimentos provisionales** en procesos sobre alimentos definitivos del art. 448.1 del C.P.C.

Estos dos casos pueden tomarse como ejemplos típicos de lo que me atrevo a calificar de grave confusión doctrinal que está mezclando instituciones básicamente distintas por sus fines y por sus medios.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS PROVISIONALES O PREVENTIVAS.**

El fin básico de las medidas que llamaremos, por ahora, cautelares en sentido estricto es algo en lo que está de acuerdo toda la doctrina; se trata de garantizar la eficacia del resultado de un proceso o, si se prefiere, de garantizar la efectividad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Este fin aparece de modo evidente en la anotación cautelar de la demanda.

---

<sup>1</sup> PRIETO CASTRO, Leonardo. *Tratado de derecho procesal civil*. Pamplona Aranzandi, 1982. *Derecho concursal, procedimiento sucesorio jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*. Madrid. Tecnos, Manuales universitarios, 1975.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1973. *Introducción al estudio sistemático de providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1945.

Esta anotación es un asiento registral de vigencia limitada temporalmente que publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable. Esta publicidad es informativa, protege a nivel de fe pública registral pero, sobre todo y a los efectos que nos importan ahora, determinan los límites dentro de los cuales pueden ser desentendidos con efectos retroactivos los pronunciamientos del fallo judicial.

Nuestra ley procesal civil resuelve el asunto conjugando los arts. 690.1. a) y 332. II: cuando expresa: “El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el art. 332”, esto es, se entiende que hay identidad jurídica de partes, a los efectos de la cosa juzgada, cuando se realizan actos inter-vivos con posterioridad al registro de la demanda, y de ahí la orden de cancelar los registros posteriores si la sentencia es favorable al demandante.

Dicho en otros términos: cuando se está discutiendo en juicio un derecho real sobre bien registrable, la anotación pretende garantizar que si al final del mismo proceso la parte demandante ve estimada su pretensión, esta estimación será efectiva; se trata de evitar que, amparándose en los principios de legitimación registral y buena fe del tercero, el demandado transmita el bien a un tercero con lo que se crearía una situación jurídica que haría ineficaz la sentencia.

ENRICO REDENTI<sup>3</sup> decía una frase muy gráfica para poner de manifiesto el fin de las medidas cautelares: Se trata de evitar que mientras se discute en un proceso sobre la propiedad de un bien, se descubra el final que todo ello no ha servido para nada porque mientras tanto se han escapado los bueyes.

Este estar al servicio de otro proceso es lo que ha llevado a hablar de la instrumentalidad de las llamadas medidas cautelares.

La idea de la instrumentalidad arranca de PIERO CALAMANDREI. Para el maestro italiano la instrumentalidad de las medidas cautelares responde a que **“no son nunca fin en sí mismas, sino que están efectivamente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente”**.

Y seguía diciendo: “Hay pues en las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata: más que para hacer justicia sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son de hecho indefectiblemente, un medio predisposto para la mejor eficacia de la resolución definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, **instrumento del instrumento**”.

A través del fin básico hemos llegado a la nota calificada de la instrumentalidad; no cualquier sentido de la instrumentalidad sirve para caracterizar a una medida como cautelar, es preciso que la medida sea instrumento para garantizar la eficacia posterior de la resolución a dictar y su efectiva ejecución.

---

<sup>3</sup> REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Trad, Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1957.

En el otro ejemplo que hemos puesto, en la prestación de alimentos provisionales, durante el proceso sobre alimentos definitivos del art. 448.1 ejusdem las cosas suceden de muy distinta manera. Evidentemente el que el juez ordene que se den alimentos provisionalmente, desde la admisión de la demanda, no tiene como fin garantizar la eficacia de la sentencia que en su día se dicten condenando a la prestación de alimentos definitivos. En estos casos se trata de conceder interina y provisionalmente, lo que se pida en la demanda, y ello no por razones de eficacia final, sino atendiendo a que podrían causarse daños irreparables a la parte demandante (**tan irreparables como sería no comer todos los días**).

Lo anterior supone que esta medida no es instrumento de la sentencia que habrá de dictarse. El propio CALAMANDREI se dio cuenta de la gran diversidad entre las medidas realmente instrumentales y estas otras. Si aquí cabe hablar de instrumentalidad lo es con sentido muy distinto. Esta medida de alimentos provisionales, y las similares a ella, son instrumentales respecto al derecho que se hace valer por el demandante, que obtiene con ella una satisfacción provisional, pero no es instrumental respecto de la sentencia definitiva.

El que la medida de alimentos provisionales no es instrumental en el sentido cualificado a que venimos refiriéndonos, tiene en el derecho español cumplida demostración. En la Ley de Enjuiciamiento Civil se regula como proceso sumario un juicio de alimentos provisionales, separado y no dependiente de otro proceso principal de alimentos definitivos; con ello resulta que puede acordarse la medida con una sentencia que resuelve un proceso propio, no dependiente de otro.

Así las cosas creemos evidente que entre el cúmulo de medidas que suelen calificarse de cautelares hay profundas diferencias entre ellas que, en realidad, algunas no son cautelares; son simplemente provisionales o preventivas. Podría entonces hablarse de una justicia preventiva, que será el género, y de una justicia cautelar, que será la especie. En la preventiva se trataría de evitar que el daño jurídico llegara a producirse, acudiéndose a ella para evitar la violación del derecho; en la cautelar el peligro será también la duración del proceso principal, pero el daño no es presente sino futuro, consistiendo en la inutilidad de la resolución judicial final.

Vamos a referirnos a continuación únicamente a las medidas cautelares en el sentido estricto, dejando a las medidas provisionales fuera de nuestro estudio.

#### **4. FUNDAMENTO DE LAS CAUTELAS**

Si queremos determinar el cuadro general de las medidas cautelares en el ámbito nacional, lo primero que tenemos que hacer es precisar qué es una medida cautelar. Hemos adelantado ya su finalidad: garantizar la eficacia de los resultados de un proceso; hagamos referencia ahora a los fundamentos y a los caracteres.

##### **a. Peligro en la demora (*Periculum in mora*)**

Si los procesos declarativo y ejecutivo pudieran resolverse definitivamente de modo instantáneo, las medidas cautelares perderían su razón de ser. Como dice VÍCTOR FAIRÉN<sup>4</sup>, el **periculum in mora** básico de las medidas cautelares, no es el peligro de daño genérico jurídico, al cual se atiende mediante los dos procesos clásicos, sino el peligro

---

<sup>4</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Los procesos y medidas cautelares*. Pamplona, Eunsa, 1974. *La reforma al proceso cautelar español, Temas de ordenamiento procesal*. Madrid, Tecnos 1969.

específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño; mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos declarativo y ejecutivo, las medidas cautelares tratan de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquéllos.

El peligro recae sobre la efectiva satisfacción de la pretensión ejercitada en el proceso principal y se deriva de la duración de éste, que puede ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación tal que la resolución que se dicte a los actos ejecutivos sean inútiles. De aquí se deriva primero, que en la determinación del peligro existe una inevitable subjetividad, que puede ser paliada pero no suprimida. En efecto, el peligro puede referirse a tal diversidad de intereses y provenir de tantos actos relacionados con la persona y bienes del demandado, realizados incluso por terceros, que la valoración subjetiva del juzgador no podrá suprimirse; debe aspirarse a que la ley determine los presupuestos del peligro, pero en último caso, como ha establecido la jurisprudencia alemana, el peligro debe existir según el juicio objetivo de una persona razonable, y esa persona no puede ser sino el juez.

En segundo lugar el peligro aumenta o disminuye según la duración del proceso principal; cuanto más duradero sea ese proceso mayores oportunidades de tiempo tendrá el demandado para que la actividad jurisdiccional no proporcione satisfacción al demandante. De aquí que el peligro sea notablemente mayor en un proceso fundamentalmente escrito, que suele ser lento y complicado, que en proceso oral, normalmente más corto y simple.

#### **b. Apariencia del derecho invocado (Fumus bonis iuris)**

El decretar las medidas cautelares no puede hacerse depender de la certeza sobre la existencia del derecho subjetivo por el demandante en el proceso principal; ello sería absurdo por imposible, pues el proceso principal, al que sirve la medida cautelar, carecería entonces de razón de ser. Desde el principio contrario, el decretar las medidas no debe hacerse ante la mera solicitud del demandante; es necesario que el derecho alegado ofrezca indicios de probabilidad, que el demandante ha iniciado el proceso con “seriedad”, que existe cuando menos una “apariencia de buen derecho”.

El fundamento de las medidas cautelares aparece así como un término medio entre la certeza, que establecerá la sentencia en el proceso principal, y la incertidumbre, base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud.

Los problemas surgen a la hora de determinar caso por caso cómo se acredita ese **fumus bonis iuris**. En ocasiones las leyes exigen que con la demanda del proceso principal se acompañe un principio de prueba por escrito o un documento del que resulte de la existencia del derecho reclamado (así arts. 1428 y 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española), pero no siempre cabe formular una exigencia de ese tipo, así en el **Codice di Procedura Civile Italiano**<sup>5</sup> la adopción del secuestro (arts. 670 y ss.) no precisa de documento alguno, aunque cuando se pide antes de la iniciación del proceso principal para acordarlo, al juez precisa realizar una “sumaria información”. No faltan tampoco supuestos en los que se acude al juramento, bajo el cual manifiesta el demandante que no está obrando con malicia, a veces esta exigencia se convierte en mera fórmula, cuando se dice en la ley que el juramento se considera prestado por la mera presentación del escrito pidiendo la medida cautelar.

#### **c. Contracautela (FIANZA)**

---

<sup>5</sup> Código Procesal Civil Italiano, 1985.

En línea del principio de adopción de una medida cautelar debe estar condicionada a la presentación de una fianza o caución, también llamada contracautela. Si la medida supone una injerencia en la esfera jurídica de una persona, sin que para ello se cuente con la certeza que proporciona la resolución judicial irrevocable, es perfectamente posible que finalizando el proceso se descubra que el demandante no era titular del derecho; existió en su momento apariencia de buen derecho, pero esa apariencia se revela posteriormente incierta. En estos casos hay que suponer que se le hayan causado unos daños y perjuicios al demandado que ha sufrido la medida, y para hacer frente a aquéllos se establece la caución como presupuesto de la práctica de la medida cautelar. En este sentido puede verse, por ejemplo, el art. 690.1, b) del C.P.C., en relación con el secuestro de bienes muebles.

Con reiteración se viene concibiendo la caución como una nueva medida cautelar, como una contracautela, como lo sostuvo ya CALAMANDREI. En contra se ha sostenido que la caución no es una medida cautelar porque no existe relación alguna con una posterior medida definitiva de la que asegure sus efectos, y de ahí que no se la deba de considerar como contracautela, sino como presupuesto de la verdadera medida.

En todo caso lo cierto es que la caución es uno de los fundamentos de las medidas cautelares, a pesar de que no conviene generalizar en exceso. En determinados casos la exigencia indiscriminada de la caución conduciría a la imposibilidad de la práctica de medidas cautelares; ello se pone especialmente de manifiesto en situaciones de desigualdad de las partes. Un ejemplo español es que el embargo preventivo se acuerda en general en el proceso civil exigiendo fianza bastante al demandante (art. 1402 LEC)<sup>6</sup>, pero el proceso laboral para acordar el mismo embargo no se exige la prestación de fianza (así art. 65 de la Ley de Procedimiento Laboral), igual sucede en Colombia en los casos similares. En Colombia el art. 37 A de la Ley 712 de 2001, que modificó el art. 85 A del C.P.L. y de la seguridad social, bajo la denominación de medida cautelar en proceso ordinario, al considerar que el demandado efectúe actos que el juez estime de insolvencia u orientados a impedir el cumplimiento oportuno de sus obligaciones o a impedir la efectividad de la sentencia, permite que el juez imponga caución para garantizar los resultados del proceso, que debe oscilar entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida.

## **5. CARACTERES IDENTIFICADORES**

Visto el fundamento de las medidas cautelares, se hace preciso examinar cuáles son sus características:

### **a. Instrumentalidad.**

Las medidas cautelares no se adoptan en un proceso independiente que tienda por sí solo a la satisfacción de pretensiones, sino que son instrumentos del instrumento que son, a su vez, los otros dos procesos.

Con los procesos declarativos y ejecutivos la jurisdicción tiende a satisfacer las pretensiones, aspirando a la realización directa de la justicia; con las medidas cautelares la jurisdicción tiende únicamente a garantizar su eficaz funcionamiento, a garantizar que en los otros dos procesos se actuará eficazmente en el ejercicio de la función jurisdiccional; esto es, se garantizan los resultados de los otros dos procesos.

---

<sup>6</sup> Código Procesal Civil Español, 2000.

No es correcto afirmar que las medidas cautelares no tienden a satisfacer pretensiones. Sí puede aceptarse, en cambio la distinción entre la satisfacción directa e indirecta, pues mientras los procesos declarativos y ejecutivos tienden a satisfacer de modo directo la pretensión principal, las medidas cautelares cumplen de modo indirecto esa función, posibilitando el eficaz funcionamiento de los otros. En consecuencia, las medidas cautelares no pueden existir de manera independiente, necesitan siempre acompañar a un proceso llamado principal, del que dependen.

#### **b. Provisionalidad.**

Las medidas cautelares no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso llamado principal se haya alcanzado una situación que haga inútil el aseguramiento, por la realización de actos ejecutivos que privan la razón de ser a los cautelares.

Esta provisionalidad necesita ser distinguida en dos frentes. En primer lugar la provisionalidad de la medida cautelar es, como ya apuntábamos, la especie de un género. Existen medidas provisionales que no son cautelares, aunque todas las medidas cautelares son siempre provisionales. En ocasiones la provisionalidad aspira a convertirse en definitiva, como ocurre con la ejecución provisional de la sentencia, que solo desaparecerá si la resolución que se ejecuta provisionalmente es revocada por el Tribunal Superior que conoce del recurso correspondiente; por el contrario, la medida cautelar desaparecerá siempre. En otros casos la provisionalidad no responde a la necesidad presente; este es el caso de los alimentos provisionales, por ejemplo, que no garantizan nada, sino que pretenden evitar un daño presente, y en los cuales hay también una aspiración a permanecer, a extenderse en el futuro.

En segundo lugar la provisionalidad de las medidas cautelares debe distinguirse de las resultas de los procesos sumarios. La cuestión litigiosa se resuelve en los procesos sumarios en sentido estricto de modo provisional, en cuanto cabe un proceso plenario posterior sobre la misma cuestión pero también aquí la resolución que resuelve un proceso sumario aspira a convertirse en definitiva, pues el proceso plenario posterior es posible pero no necesario, e incluso cuantitativamente puede afirmarse que la resolución del proceso sumario es la definitiva pues en la práctica son muy escasos los supuestos en los que realmente se inicia con posterioridad un proceso plenario. La provisionalidad de la medida cautelar hace que no aspire a convertirse ni se convierta en definitiva, pues siempre desaparecerá en el momento en que deje de ser necesaria la medida.

#### **c. Temporalidad.**

Consecuencia de lo anterior es que todas las medidas cautelares tienen duración limitada en el tiempo. No puede determinarse a priori su duración, pero sí se sabe con seguridad que habrán de desaparecer. Por su propia naturaleza las medidas cautelares nacen para extinguirse cuando desaparezcan las razones que las motivaron.

#### **d. Variabilidad.**

Las medidas cautelares son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas según el principio REBUC SIC STANTIBUS, cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron. Naturalmente pueden ser concedidas por el juez medidas que antes se denegaron, siempre que haya cambiado el supuesto fáctico; por ello, a

nuestro juicio no es entendible lo que dispone el art. 690.2 C.P.C. primer inciso: “No procederán las medidas cautelares que hayan sido denegadas anteriormente”.

#### **e. Homogeneidad con las Medidas Ejecutivas.**

Si las medidas cautelares pretenden garantizar que los otros dos procesos realizaran efectivamente la satisfacción de la pretensión, habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas. Entre la medida cautelar y la ejecutiva debe existir una cierta homogeneidad, pues lo contrario no asegurará la ejecución de la resolución que se dicte en el proceso declarativo o que se haya dictado cuando se asegura el proceso ejecutivo.

CALAMANDREI definía las medidas cautelares como “anticipación provisional de algunos efectos de la resolución definitiva”. Ahora bien, la homogeneidad no puede llegar a convertirse en identidad, pues entonces no se estaría asegurando sino ejecutando como afirma el español JORGE CARRERAS<sup>7</sup>.

La homogeneidad puede referirse a la medida ejecutiva de la específica, en previsión de que ésta resulte imposible. Así en las obligaciones de hacer si el deudor no ejecuta el hecho, de acuerdo con el art. 1610 del C.C. colombiano, el acreedor puede pedir que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor o que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción. Pues bien, en previsión de esta circunstancia, existe la homogeneidad cuando, pendiente el proceso declarativo correspondiente, se pide el embargo preventivo por cuanto sirve para asegurar la ejecución, aunque sea la no específica.

Con todo, la homogeneidad sirve para llegar a otras trascendentales consecuencias lógicas que han sido apuntadas por MANUEL SERRA DOMINGUEZ<sup>8</sup>:

1. La adopción de medidas cautelares solo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, únicos que tienen **potestas**. Los árbitros, no obstante, en Colombia, y así lo expresa el art. 32 del Decreto 2279 de 1989, a petición de cualquiera de las partes, podrá decretar medidas cautelares.

2. Para que una medida sea cautelar ha de estar orientada a una futura ejecución, consecuentemente en los procesos declarativos puros y en los constitutivos no caben medidas cautelares. Esto no puede significar que para reconocer una medida la naturaleza cautelar, haya de tener aquella como única finalidad el aseguramiento de la ejecución; ésta puede ser una de las finalidades de la medida, pero no necesariamente la única; así en el mandato legal de la consignación del importe de la condena para recurrir, existe en varios ordenamientos, como el laboral Español puede descubrirse más de una finalidad, pero es cautelar porque también asegura la ejecución.

3. No son medidas cautelares aquellas que tienden a asegurar el propio proceso o alguna de sus fases, como en el caso de la prueba anticipada, regulada en los arts. 294 a 301 del C.P.C.

#### **f. Rapidez en el procedimiento.**

---

<sup>7</sup> CARRERAS, Jorge. *Las medidas cautelares del Art. 1428 de la ley de enjuiciamiento civil. Estudios de derecho procesal*. Barcelona, Bosch, 1962.

<sup>8</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, Industrias gráficas M. Pareja, 1974.

Si las medidas cautelares tienen su razón de ser en la duración de los otros dos procesos, no pueden concederse o denegarse a través de un procedimiento complejo y largo, pues en este caso no tendría sentido.

Al mismo tiempo la homogeneidad aludida antes condiciona el procedimiento, y de ahí que en varios supuestos se acuerde la medida cautelar como la ejecutiva, sin oír al demandado.

## **6. MEDIDAS PROVISIONALES DE EVIDENTE NATURALEZA NO CAUTELAR**

Partiendo de la base de que una generalización como la anterior no tiene carácter absoluto y admite matizaciones en los casos concretos, y aún excepciones, según los derechos positivos de cada país, vamos ahora a considerar la naturaleza de las diversas medidas en la legislación colombiana.

Antes de entrar en las medidas de las que puede suscitar controversia su naturaleza cautelar o no, conviene aludir aquéllas que hoy la doctrina mayoritaria excluye como tal . En este sentido podemos referirnos a:

### **a. Pruebas Anticipadas.**

CALAMANDREI incluía la anticipación de la prueba entre las medidas cautelares y por ese camino le siguió buena parte de la doctrina italiana, la cual cuenta ahora *además* con el pie forzado de los arts. 692 a 699 del *Codice de Procedura Civile*. Con todo, es innegable que ni el fundamento ni los caracteres de las medidas cautelares pueden aplicarse a la anticipación probatoria, basta tener en cuenta que si la medida cautelar pretende asegurar la eficacia del resultado de un proceso, la prueba anticipada se dirige a determinar el contenido de la sentencia.

### **b. Ejecución Provisional.**

Aquí parte la doctrina del error inicial de CALAMANDREI, pero es claro que si la medida cautelar pretende asegurar la ejecución y la provisional es ya ejecución, las diferencias aparecen claras. El error nació de la consideración de que la ejecución se basaba en el PERICULUM IN MORA, no discutiremos ahora esa afirmación, pero sí diremos que no todas las instituciones procesales que atienden a ese peligro pueden, sin más, considerarse medidas cautelares.

### **c. Procesos Propios.**

En los diversos ordenamientos nacionales varias clases de procesos se han considerado cautelares. Entre los italianos y los españoles se ha pensado así con relación a la quiebra, a los interdictos posesorios, obra ruinosa, alimentos provisionales, por ejemplo. Otro tanto ha sucedido en nuestro país, como también con la separación de bienes.

En cualquier caso debe de observarse que estos procesos no son instrumento de otro proceso coetáneo al que se sirve; por el contrario, son principales. Las dudas han surgido principalmente por la nota de la provisionalidad que no significa instrumentalidad.

## **7. MEDIDAS A LAS QUE NEGAMOS CARÁCTER CAUTELAR**

Si en las anteriores medidas puede hablarse de una mayoría doctrinal que ha llegado a la conclusión de su naturaleza provisional pero no cautelar, en otra serie de medidas cabe

hablar de una mayoría de signo contrario, que sigue insistiendo en su naturaleza cautelar. A pesar de ello nosotros negamos esa naturaleza.

Dentro de nuestro ordenamiento mencionemos las siguientes:

1. Interdicción provisional del disipador, regulada en los artículos 535 del Código Civil y 447 del C.P.C.

No mencionamos aquí la interdicción provisional del demente y del sordomudo porque en los ordenamientos civil (arts. 535 y 549) y procesal civil (arts. 659.6 y 7) se regula como medida de protección personal del paciente, por el trámite de jurisdicción voluntaria.

2. Residencia separada de los cónyuges, prevista en el art. 444.1, a) del C.P.C., como medida urgente.

3. Depósito del cónyuge menor, también en el caso previsto en el mismo artículo, como medida conveniente a consideración del juez.

4. Cuidado de los hijos menores, igualmente en el caso del art. 444.1, b), como medida conveniente para su protección.

5. Reglamentación de visitas a los hijos menores, no regulada en los procesos matrimoniales pero interpretado como derecho al desarrollo de la personalidad por la jurisprudencia constitucional. (Art. 256 C.C.).

En todos estos casos no hay medida cautelar, sino provisional, no existe instrumentalidad respecto a la eficacia que en su momento se dicte, sino tutela provisional del derecho. El que se adopte o no a la medida de interdicción por disipación; el que se acuerde o no la medida de interdicción por disipación; el que se acuerde o no a la separación provisional de los cónyuges, no afecta las futuras medidas ejecutivas, ni la ejecución de los demás pronunciamientos que la sentencia debe contener; lo mismo cabe sostener en los demás casos.

Todas estas medidas son provisionales y no afectan la ejecución de la sentencia futura. La separación provisional de los cónyuges, por ejemplo, sirve para evitar el peligro que corre principalmente la mujer durante la tramitación del proceso, y aún para que actúe libremente, y a este riesgo es al que se refiere reiteradamente la doctrina, pero no garantiza la ejecución futura.

Mas en general puede afirmarse que las que la doctrina denomina las medidas en relación con los procesos de estado civil, no son cautelares porque en ellas no se garantiza la efectividad de la resolución futura. Esas medidas no son instrumentales en el sentido cualificado a que antes nos referíamos, sólo son provisionales en cuanto adelantan los efectos de la resolución futura. Tanto es así que en ellas no existe homogeneidad con las futuras medidas ejecutivas, sino identidad.

En la terminología de PRIETO-CASTRO se trata de medidas que tienden a proporcionar a las partes una posición necesaria o conveniente en el proceso principal; en la concepción HABSCHEID tienden a fijar provisionalmente una situación jurídica en espera del juicio definitivo que establecerá las nuevas relaciones de las partes; para CAPRI se trata de una tutela satisfactoria interina dirigida a asegurar una inmediata realización de la situación hecha valer en la demanda.

Lo anterior puede repetirse respecto de los alimentos provisionales, y ello tanto de los acordados en procesos sobre alimentos definitivos, los del art. 448.1, como de los previstos en procesos distintos como los que se fijan al declarado en el estado de quiebra.

La doctrina en muy distintos países, viene sosteniendo con reiteración el carácter cautelar de las medidas que fijan los aludidos alimentos provisionales, pero creemos que es evidente su naturaleza meramente provisional pero no cautelar. Por lo demás recuérdese que es el ejemplo utilizado en los apartados 2 y 3.

## 8. MEDIDAS DE DUDOSO CARÁCTER CAUTELAR

Siempre con referencia a nuestra ley procesal civil existen medidas respecto de las que su carácter cautelar es dudoso. Este es el caso de:

1. Las innominadas del art. 450.3 del C.P.C. según el cual si la demanda se dirige a precaver el peligro derivado de la ruina de un edificio, de un árbol mal arraigado u otra cosa semejante, a petición del demandante, y previo reconocimiento con dictamen pericial, el juez podrá acordar “las medidas que fueren del caso para conjurarlo”.

En otros ordenamientos, caso del español, el interdicto de obra ruinosa constituye por sí un proceso simultáneo o posterior del que asegure sus efectos, y por ello a este interdicto se le ha negado la condición de cautelar. En Italia, FRANCESCO CARNELUTTI<sup>9</sup> hubo de negar el carácter cautelar del procedimiento *di danno termuto* porque la provisionalidad de éste era la típica del proceso sumario, no la de cautelar.

Con todo, en el derecho colombiano las cosas pueden ser diferentes al regularse el proceso posesorio especial, por los trámites del proceso verbal sumario, establecido dentro de él una medida provisional. La duda consiste en si esa medida se queda en simplemente provisional o llega a ser cautelar. En mi opinión no es cautelar, porque no garantiza la ejecución de la sentencia futura, sino que tiende a evitar un riesgo presente adelantando pronunciamientos de la sentencia futura. Con todo el caso es discutible.

2. También lo es la suspensión provisional de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas o de socios, prevista en el art. 421.II. Según este artículo la suspensión la decretará el juez: “... si la considera necesaria para evitar perjuicios graves...”.

Esta medida es semejante a la suspensión de la ejecución del acto o disposición administrativa objeto del recurso contencioso administrativo y, en principio, las dos tienen la misma finalidad.

a) Si la suspensión sólo puede decretarse cuando la ejecución del acto o decisión impugnada haría útil la victoria en el proceso de impugnación, estaríamos ante una medida cautelar, pues aquí se trataría de asegurar que la sentencia futura será ejecutada en sus propios términos; la suspensión del acto o decisión persigue una finalidad de aseguramiento del resultado del proceso.

b) En cambio si la suspensión pretende solamente evitar un perjuicio al demandante, pero se trata de un perjuicio de tal naturaleza que no impide la ejecución específica de la sentencia que estimara la demanda, pues el cumplimiento de los actos o decisiones es

---

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad, Jaime Guasp Delgado. Barcelona, Bosch, 1942. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad, Niceto Alcalá Zamora, Buenos Aires, Uteha, Argentina, 1944.

revocable de hecho, en este caso la suspensión es sólo una medida provisional, no cautelar.

Con todo también aquí estamos ante una situación discutible.

3. Especial dificultad se encuentra a la hora de determinar la naturaleza de las cauciones. En el Estatuto Procesal Civil se regulan dentro del Libro IV<sup>10</sup>, el dedicado a las “medidas cautelares”, en el que se establecen lo que podemos llamar normas generales sobre la manera de prestarlas, calificación, cancelación y recursos, remitiéndose a los distintos lugares en que el Código ordena prestarlas.

Como decíamos arriba, la función a cumplir por las cauciones puede ser muy distinta, pudiéndose distinguir tres clases de funciones:

a) En unos casos se limitan a cumplir una función general de asegurar los efectos dañosos que puede producir un acto o actuación procesal. Este es el supuesto de:

- Art. 47 C.P.C.: El agente oficioso procesal, es decir, el que presenta demanda a nombre de otra persona de la que no tiene poder, asegura las costas y los perjuicios causados al demandado si no existiese ratificación del demandante.
- Art. 371 ibidem: Suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida en casación, asegura los perjuicios que al recurrido pueda ocasionarle la demora en la ejecución.
- Art. 383 ob. cit.: Admisión de la demanda de revisión; asegura los perjuicios que pueda causar al recurrido, las costas y multas.
- Art. 457: Entrega anticipada de inmuebles en el proceso de expropiación; la entrega de una cantidad igual al avalúo catastral más del 50% garantizan el pago de la indemnización.
- Art. 485: Administrador de comunidad en división, garantiza el cumplimiento de sus deberes.
- Art. 631.7: Liquidador de sociedades en disolución: garantiza el cumplimiento de sus deberes en el manejo de los bienes sociales.
- Art. 683.3: Secuestre, para responder de los bienes que se le confían.

En todos estos casos la caución no tiende a asegurar la efectividad de las sentencias que en su momento se dicte; aquí se trata simplemente de evitar un perjuicio derivado de la realización de un acto o actuación más compleja procesal. Adviértase que en ocasiones la caución ni siquiera es prestada por la parte, sino por el administrador, por el liquidador, por el secuestre, por lo que no cabe sostener que se trata de medidas cautelares en el sentido estricto que venimos delimitando.

Es cierto que estas cauciones tienen una finalidad cautelar en sentido amplio, cautelar en el sentido no técnico de la expresión, pero la nota de la instrumentalidad con relación a otro proceso principal no existe.

---

<sup>10</sup> Código Procesal Civil Colombiano.

Con todo, y aquí está el elemento de duda las cauciones, aunque no son instrumentos de otro proceso, si son instrumento de actos concretos del mismo proceso, en el que se acuerdan, y por este lado podría hablarse de función cautelar.

b) En otros casos la caución juega, en la terminología usual, como contracautelas. Puede verse así en:

- Art. 513 in fine: En el proceso ejecutivo singular cuando se trata embargo y secuestros previos, esto es, antes de la ejecutoria del mandamiento ejecutivo responde de los perjuicios que con la medida se causen.
- Art. 690.1, b) En el secuestro de bienes muebles, como medida cautelar en proceso ordinario, el demandante deberá prestar caución que garantiza los perjuicios que con aquél puedan causarse.

Tampoco aquí la caución tiende a asegurar la eficacia práctica de la sentencia que se dicte en el proceso principal; también se tiende a evitar el posible perjuicio derivado de una actuación procesal, pero lo específico es que la actuación es una medida cautelar de modo que estaríamos ante una medida cautelar que garantiza los perjuicios de otra medida cautelar.

Si el embargo y secuestro constituye un proceso cautelar, como luego veremos, la caución tendería a garantizar al demandado de los posibles perjuicios que le cause la realización de ese proceso, pero tendería a asegurar la eficacia de ese proceso. En consecuencia, ni siquiera por esta vía indirecta estaríamos ante una medida cautelar en sentido estricto.

También aquí habría de hablarse de una función cautelar en sentido amplio y de ahí la duda sobre la naturaleza de este tipo de cauciones, atendida su función.

c) Por último, en ocasiones la caución cumple una función sustitutiva de la medida cautelar; así sucede:

- Art. 687.3: El embargo y secuestro pueden ser levantados si el demandado presta caución que garantice lo que se quería asegurar por cualquier medio.
- Art. 690.5, 3: En los casos previstos en el numeral 1 de este artículo si el demandante ha obtenido sentencia favorable en primera instancia, y ésta es apelada, puede pedir el secuestro de los respectivos bienes inmuebles, el cual puede ser evitado por el demandado prestando caución de conservación y restitución de los bienes, sus frutos y productos.

La naturaleza cautelar de estas cauciones es indudable y ello porque están cumpliendo la misma función que la medida cautelar a la que sustituyen: asegurar la ejecución futura de un proceso principal al que sirven.

Por todo lo dicho es por lo que estimamos en los arts. 678 a 680 del C.P.C. se prestan a la confusión, pues, en síntesis, no regulan las cauciones sino la forma de constituir las, esto es, no cuándo hay que prestarlas, sino cómo se prestan y, además porque atribuyen naturaleza cautelar a todas las cauciones cuando ello es, como queda anotado, muy discutible.

## **9. MEDIDAS INDUDABLEMENTE CAUTELARES**

A nuestro juicio tienen indudable carácter cautelar: embargo y secuestro, inscripción de la demanda y guarda y aposición de sellos. Me limitaré a poner de manifiesto una nota común a las tres medidas y propia de todo el derecho procesal colombiano: me refiero a la taxatividad.

La taxatividad se puede contemplar desde un doble punto de vista:

1) Por un lado cuando el C.P.C. regula una medida cautelar, ésta sólo puede aplicarse en los casos expresamente previstos; así el embargo y secuestro será de aplicación sólo en los supuestos en que existe disposición expresa. Consecuentemente puede hacerse una lista de casos en los que el CPC autoriza la adopción del embargo y secuestro, sin que esta medida pueda utilizarse en casos distintos, ni siquiera cuando exista similitud o analogía, lo que contraría las normas Constitucionales.

2) Por otro lado la taxatividad supone que no existen más que las medidas previstas por la ley, no regulándose en el CPC las que se han denominado medidas cautelares genéricas, con lo que no pueden hacerse frente a situaciones atípicas.

A pesar de la riqueza de medidas que comporta el embargo y secuestro en los términos de los arts. 681 y 682, la principal carencia que se advierte es la relativa al aseguramiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. En general ante las dificultades para prever la multitud de situaciones posibles, los códigos suelen optar por otorgar al juez la que se llama POTESTAD CAUTELAR GENÉRICA que, a nuestro juicio, está autorizada por la Constitución Política colombiana.

A manera de ejemplos de otros sistemas, el art. 95 del Código Procesal Civil del Cantón Suizo de Neuchatel<sup>11</sup> dispone que “El juez puede, según las circunstancias, acordar otras medidas... a condición de que exista peligro de retardo...”.

Igualmente el art. 700 del *Código Procedura Civile Italiano* expresa: “Fuera de los casos regulados en la sección precedente de este capítulo, quien tiene motivo fundado de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por vía ordinaria, esté amenazado por un peligro inminente e irreparable, puede pedir por recurso al juez los pronunciamientos de urgencia que aparezcan, según las circunstancias más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo del asunto”.

Finalmente, es un extraordinario antecedente el art. 1428 de la LEC española que en su párrafo I enseña: “Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá optar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”.

## 10. DE LA MEDIDA AL PROCESO CAUTELAR

Estando a punto de concluir este ensayo y en tanto que hemos venido hablando de medidas cautelares”, es preciso advertir que el término, en plural, es sinónimo de disposiciones o prevenciones y se ha utilizado ante la ausencia de otra frase más científica. CALAMANDREI habló de “provvedimenti”, que en italiano tampoco tiene un significado preciso y completo.

---

<sup>11</sup> Código Procesal Civil Suizo.

No obstante, en doctrina se ha querido significar con ello la existencia de un proceso, de un *tertium genus*, que se ubica frente a los procesos declarativos y ejecutivos.

Se ha sostenido que el proceso cautelar es el que facilita a otro proceso principal la eficacia de sus resultados, en tanto que la “medida cautelar” es algo embrionario que no llega a realizar toda la actividad de un proceso; el proceso es actividad y la medida es acto; el proceso cautelar tendría procedimiento propio, la medida se insertaría como acto en el procedimiento principal.

A nuestro juicio, si partimos de la idea de que el proceso es el método por el cual el Estado cumple la función jurisdiccional que le atribuye la Carta Política, debemos convenir que se trata de un instrumento que puede ser simple o complejo, dependiendo de lo que el constituyente haya querido señalar y el legislador ordinario quiera siempre que se respeten las garantías mínimas. Ese medio no debe tener un procedimiento complicado.

Con base en lo anterior se puede deducir:

- 1) En los derechos positivos se suele conceder autonomía ritual a las cautelas dotándolas de una tramitación procesal propia.
- 2) En la mayoría de las legislaciones vigentes el proceso cautelar puede iniciarse antes de la presentación de la demanda del proceso principal. En Colombia sólo en ciertos eventos, como acontece con el Código de Comercio colombiano en materia de propiedad industrial y sucedió con la Ley 105 de 1931, con lo que de hecho el segundo proceso deviene en ocasiones inútil porque el demandado cumple voluntariamente con la obligación antes de la puesta en marcha del proceso principal.

Esto lleva a pensar en la existencia del proceso cautelar como “*tertium genus*” frente al declarativo y al ejecutivo. La resistencia doctrinal, y aún jurisprudencial es natural.

## **11. LA TUTELA CAUTELAR COMO COMPLEMENTO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS**

Como se expresó al inicio de estos comentarios, la protección de los intereses y derechos, incluidos los llamados fundamentales, y los difusos y colectivos, se destacan como los ámbitos básicos en lo que se ejerce la función jurisdiccional de la actuación del derecho.

A esta protección se refieren los arts. 228 y 229 de la Constitución colombiana como el art. 24 de la Constitución española de 1978.

Para el ejercicio de esa protección deben utilizarse los procesos declarativos y ejecutivo, pero hoy puede afirmarse que no son suficientes, que por sí solo pueden proporcionar una tutela realmente efectiva, por lo que es necesario el proceso cautelar, lo que hace imperativo la necesidad de reconocer la existencia a un derecho sustantivo a la tutela cautelar y de una potestad cautelar general como parte de la jurisdicción.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional está poniendo de manifiesto en Colombia que el derecho de acción en sentido abstracto no comporta únicamente el derecho a poner en marcha la actividad de los órganos judiciales del Estado. Para hacer real la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, debe incluirse el derecho relativo a la actuación cautelar de los órganos jurisdiccionales.

De esta forma queda atacada la taxatividad en el doble sentido que hemos expuesto siempre que con base a ella hubiera de decirse a un demandante que la ley no prevé tutela cautelar en su caso.

La efectividad de los derechos que cabe esperar de los jueces o tribunal ha de llevar a que éstos suplan el defecto de la ley ordinaria pues de lo contrario estarán desvirtuando lo que es esencial a la potestad jurisdiccional dentro del Estado Social de Derecho.

## **12. ¿PROCEDE LA SUSTITUCIÓN DE LA CAUTELA DECRETADA, A PEDIDO DEL CAUTELADO?**

Atendiendo a los Principios Constitucionales, toda medida cautelar es posible de ser sustituida por otra a petición del cautelado por cuanto que ello constituye una forma de protección del cautelado, que en cierta forma protege al cautelante, porque disminuye su responsabilidad frente al deber de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la medida<sup>12</sup>.

Y es que puede suceder que la subsistencia de una medida innovativa irroque un daño irreparable al cautelado de mayor entidad que el que se persigue evitar con su mandamiento.

La norma del art. 514 del CPC, constituye un antecedente pero limitado, por virtud del desarrollo demoliberal de la norma, por lo cual al ponerlo a tono con las nuevas disposiciones constitucionales, no debe estar sujeto a la voluntad del cautelante sino en correspondencia con el interés de justicia y equidad que predica la Constitución.

## **13. LA CAUTELA Y LAS ACCIONES DE TUTELA Y POPULAR**

Existe un acentuado paralelismo entre las tres. Ciertamente que no son la misma cosa, pero sus diferencias son, a veces, cuestión de sutileza y matices.

En primer término, basta recordar que una y otras tienen como antecedente más inmediato e indudable, los llamados writs de mandamus e injunction.

Tanto la tutela como la cautela, como medida innovativa, son vías subsidiarias. La tutela puede intentar la restitución de las cosas, persona o derecho al estado, lugar o condición en que se encontraba antes del hecho impugnado siempre que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública los derechos fundamentales de toda persona, con algunas excepciones frente a los particulares encargados de la prestación de un servicio público cuya conducta afecte grave e indirectamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión; la acción popular para la protección de los derechos colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, entre otros, consagrando también medidas cautelares. Se tiende pues a restaurar al perjudicado a su status anterior al acto lesivo. Los ejemplos de tutelas con efectos restitutorios son amplísimos como por ejemplo el reintegro de un servidor público cuyo cargo fue declarado insubsistente por virtud de la reestructuración Administrativa.

Son muchas las similitudes porque son utilizables cuando verdaderamente no existe otra forma de prestar la jurisdicción de manera eficaz y presuponen, para su procedencia, un

---

<sup>12</sup> Constitución Política Colombiana.

esfuerzo probatorio de un tono inusual en comparación con los procesos contenciosos y cautelares. Sobre estos puntos profundizaremos en otro momento.

#### **14. CONCLUSIONES**

- a) Es necesario introducir en el Código Procesal Civil la figura denominada Potestad Cautelar Genérica concedida por la Constitución al juez para que según su prudente arbitrio y con criterio de oportunidad, según las circunstancias, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes, atendiendo la naturaleza de la relación sustancial de la cual es solicitada la medida, apreciando la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciando si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño, como se ha planteado en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.
- b) Precisa sistematizar el concepto de cautela y el de medida provisional.
- c) Debe mejorarse la redacción del texto relativo a la sustitución de la cautela a pedido del cautelado, sin estar sujeto a la voluntad del cautelante.
- d) Debe garantizarse la eficaz obtención de las contracautelas y fianzas en general por parte de las compañías de seguros.
- e) En el proceso sucesorio, ante la prosperidad de la oposición al secuestro, se hace necesario recalcar que en la adjudicación de bienes herenciales, debe excluirse lo que haya sido objeto de posesión material judicialmente declarada.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1973. *Introducción al estudio sistemático de providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1945.
2. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp Delgado. Barcelona, Bosch, 1942. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá Zamora, Buenos Aires, Uteha, Argentina, 1944.
3. CARRERAS, Jorge. *Las medidas cautelares del Art. 1428 de la ley de enjuiciamiento civil*. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona, Bosch, 1962.
4. Código Procesal Civil Colombiano.
5. Código Procesal Civil Italiano, 1985.
6. Código Procesal Civil Español, 2000.
7. Código Procesal Civil Suizo.
8. Constitución Política Colombiana.
9. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Los procesos y medidas cautelares*. Pamplona, Eunsa, 1974. *La reforma al proceso cautelar español, Temas de ordenamiento procesal*. Madrid, Tecnos 1969.

10. PRIETO CASTRO, Leonardo. *Tratado de derecho procesal civil*. Pamplona Aranzandi, 1982. *Derecho concursal, procedimiento sucesorio jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*. Madrid. Tecnos, Manuales universitarios, 1975.
11. REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Trad, Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1957.
12. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, Industrias gráficas M. Pareja, 1974.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,  
Dirección Postal  
Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)  
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.

