

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

TEMA: “LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO”

ÁREA: DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL

PRESENTADO POR:

GARCÍA DELGADO, EDWIN LAMBERTO

GUERRERO VEGA, JESSICA YAMILETH

LÓPEZ ALARCÓN, MARYORI ESTEFANI

RAMÍREZ FIGUEROA, MÉLANNY ZULEYMA

PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADOS EN CIENCIAS JURÍDICAS

DOCENTE ASESOR:

LICENCIADO ELÍAS HUMBERTO PERAZA HERNÁNDEZ

COORDINADOR GENERAL DEL XVI PROCESO DE GRADO:

MSC. Y LICDA. MIRNA ELIZABETH CHIGUILA DE MACAL ZOMETA

AGOSTO 2013

SANTA ANA

EL SALVADOR

CENTRO AMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
HONORABLES AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

VICE-RECTORA ACADÉMICA

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA

FISCAL GENERAL

SANTA ANA

EL SALVADOR

CENTRO AMÉRICA

**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA DE OCCIDENTE
HONORABLES AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

LICENCIADO RAÚL ERENESTO AZCÚNAGA

DECANO

ING. WILLIAM VIRGILIO ZAMORA

VICE-DECANO

LICENCIADO VÍCTOR HUGO MERINO QUEZADA

SECRETARIO DE LA FACULTAD

AGRADECIMIENTOS Y DE DICATORIAS

A Dios, por darme salud, fuerza y sabiduría a lo largo de todo el camino, en primer lugar este logro sea para Él.

A mi Padre **José García**, Quien a pesar de estar lejos siempre ha sido mi apoyo económico y emocional, esas conversaciones llenas de consejos y experiencias han sido siempre un pilar fundamental de mi vida, sin su apoyo nada de lo logrado hubiese sido posible.

A mi madre **Mercedes Delgado**, Por su amor incondicional y entrega a mi causa, me diste tu entera confianza y te lo agradezco, sin ti nada sería mamá.

A mis hermanos **Christian y Carlos**, que siempre han sido mis amigos y comparten con migo mis tristezas y alegrías.

A mi familia en general, muchas gracias por estar pendientes, por preguntar siempre que tal me iba en mis estudios y tesis.

A mi amigo **William Murgas**, siempre estuviste cuando necesité tu ayuda, creíste en mí desde el principio, tus consejos también fueron importantes.

A mi docente asesor y catedrático **Lic. Elías Peraza**, por darnos la guía idónea para terminar este trabajo, sus directrices fueron las correctas para este logro.

A mis compañeras y amigas, **Melanny, Jessica y Maryori**, con quienes desde el principio de mi carrera he compartido momentos inolvidables, estuvieron en las buenas y en las malas, su apoyo ha sido fundamental desde el principio.

En general, A todas esas personas que de una manera u otra me apoyaron e instruyeron, son tantos y tan especiales, ustedes saben quiénes son, sus sonrisas siempre fueron luz en mi camino.

Edwín Lamberto García Delgado

Le agradezco a **Dios** por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad, por brindarme una vida llena de salud, aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

Le doy gracias a mis padres **BLANCA VEGA DE GUERRERO Y MAURICIO DE JESUS GUERRERO**, por apoyarme en todo momento, por su sacrificio, por confiar en mi desde el inicio de mi carrera sin ellos no hubiera sido posible llegar hasta este logro en mi vida, gracias padres por los valores que me han inculcado y por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación en el transcurso de mi vida, sobre todo por ser ellos un excelente ejemplo a seguir.

A mi hermana **JENNIFFER GUERRERO VEGA**, por estar siempre conmigo acompañándome y dándome motivación de seguir , ayudándome en gran manera, pero sobre todo por representar la unidad familiar.

A **LUIS ERNESTO SALAZAR**, por ser parte importante en mi vida, por haberme apoyado en las buenas y en las malas, sobre todo por su paciencia, confianza y amor incondicional.

Debo agradecer de manera especial y sincera a mi catedrático y asesor de tesis **ELIAS HUMBERTO PERAZA**, por aceptarme para realizar esta tesis bajo su dirección. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mi formación como profesional.

A mis compañeros de trabajo de grado, además de ser grandes amigos **MELANNY FIGUEROA, EDWIN GARCIA Y MARYORI ALARCON**, por haberme tenido la paciencia necesaria y motivarme a salir adelante en los momentos de desesperación, gracias amigos por hacer mi etapa universitaria un trayecto de vivencias que nunca olvidare.

Jessica Guerrero Vega

La misericordia y el amor de Dios me han permitido llegar hasta esta etapa; porque hasta aquí Dios ha estado conmigo. Hoy como siempre gracias Señor por tener el control de mi vida

En memoria de **Francisco Javier López Parada**, un hombre inigualable, quien me formo y me apoyo siempre, mi motivo para seguir, mi ejemplo y mi héroe. ¡Gracias papá por creer desde el principio que lo lograría!

A **Sonia Lidia Alarcón**, la mujer que más admiro, quien con su esfuerzo y trabajo han hecho que llegue hasta aquí. Por su amor y apoyo, ¡Gracias mamá!

A mis compañeros de trabajo de grado y aventuras **Edwin, Mélanny y Jessica**, por su linda y sincera amistad, por los momentos de risa, enojo, estrés y locuras compartidas. La realización de este trabajo es una experiencia más para recordar ¡Gracias!

Al **Lic. Elías Humberto Pereza** quien tuvo a bien asesorarnos y compartir su tiempo y conocimientos con nosotros.

A la **Universidad de El Salvador** a donde ingrese con muchos sueños e ilusiones y termino con mucho orgullo por haber estado en sus aulas y por haber recibido una formación profesional de alta calidad.

Y a todas las personas que de una u otra manera han ayudado a lograr este objetivo. Por cada aporte, cada palabra, apoyo o tiempo compartido. **¡Gracias!**

Maryori Estefaní López Alarcón

A DIOS TODOPODEROSO Y A LA VIRGEN MARÍA:

Le agradezco a Dios y a la Virgen por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos difíciles y por brindarme una vida llena de alegría, aprendizajes y experiencias.

A MI MADRE, CAROLINA FIGUEROA:

Por apoyarme en todo momento, por ser un pilar fundamental en mi vida, por los valores que me ha inculcado, por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación y formación espiritual, pero sobre todo por ser un excelente ejemplo de vida a seguir.

A MI ABUELA, MARTA ALAS (Q.E.P.D):

Quien contribuyo a forjar en mí la persona que soy hoy en día y enseñarme el lado positivo de la vida, por lo que siempre será una inspiración en mi vida.

A TODOS MIS FAMILIARES Y AMIGOS:

Quienes siempre han estado brindándome su apoyo, cariño, consejo y aliento para seguir adelante.

A MI DOCENTE ASESOR:

Por su conocimiento, dedicación y paciencia en la realización del trabajo de grado; y por ser parte de este triunfo.

A COMPAÑEROS Y AMIGOS DE TRABAJO DE GRADO:

Por el tiempo compartido a lo largo de la carrera, que estuvieron llenos de vivencias inolvidables, por su apoyo incondicional y amistad.

Y a todas aquellas personas que me apoyaron y pusieron su granito de arena para la realización de mi Trabajo de Grado.

Mélanmy Zuleyma Ramírez Figueroa.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I	
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	1
1.2 JUSTIFICACION.....	3
1.3 OBJETIVOS.....	4
1.4 PREGUNTAS GUIAS.....	5
CAPITULO II MARCO TEORICO	
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	6
2.1.1 DERECHO ROMANO.....	6
2.2 MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMBITO INTERNACIONAL (LEGISLACION COMPARADA).....	8
2.2.1 MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA.....	8
2.2.2 MEDIDAS CAUTELARES EN CHILE.....	9
2.2.3 MEDIDAS CAUTELARES EN BRASIL.....	9
2.2.4 MEDIDAS CAUTELARES EN VENEZUELA.....	10
2.2.5 MEDIDAS CAUTELARES EN COLOMBIA.....	11
2.2.6 BREVE EVOLUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.....	12
2.2.7 NOCIONES GENERALES.....	19
2.2.8 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	20
2.2.9 OBJETO.....	22
2.2.10 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	23
2.2.11 FUNDAMENTO Y CARACTERES.....	24
2.2.12 JURISDICCIONALIDAD.....	24
2.2.13 ACCESORIAS O INSTRUMENTALES.....	25
2.2.14 INSTRUMENTALIDAD.....	25
2.2.15 PROVISIONALIDAD.....	27
2.2.16 TEMPORALIDAD.....	30
2.2.17 AUTONOMÍA Y UNIDAD.....	30

2.2.18 FLEXIBILIDAD.....	32
2.2.19 SUMARIEDAD.....	32
2.2.20 JUDICIALES.....	33
2.2.21 INAUDITA PARS.....	34
2.2.22 FUNGIBLES.....	35
2.3 ELEMENTOS DEFINIDORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	35
2.4 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.....	39
2.5 PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	41
2.5.1 REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	41
2.5.2 APORTACIONES DE PIERO CALAMANDREI CON RESPECTO AL PERICULUM IN MORA.....	46
2.5.3 PRESTACIÓN DE UNA CONTRACAUTELA (CAUCIÓN).....	48
2.5.4 PIERO CALAMANDREI Y LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES.....	49
2.6 MEDIDAS CAUTELARES EN EL SALVADOR.....	52
2.7 MARO JURÍDICO.....	58
2.7.1 PIRAMIDE DE KELSEN.....	58
DOCTRINA JURÍDICA	
2.7.2 ORDEN JURÍDICO.....	59
2.7.3 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	60
2.7.4 TRATADOS INTERNACIONES (ART. 144-149 CN).....	61
2.7.5 LEYES SECUNDARIAS Y LEYES ESPECIALES.....	62
2.8 ANALISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO.....	62
2.8.1 LA POTESTAD CAUTELAR GENÉRICA.....	63
2.9 ARTICULADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	64
2.9.1 UNIVERSALIDAD DE LA APLICACIÓN.....	64
2.9.2 INSTANCIA DE PARTE.....	64
2.9.3 PRESUPUESTOS.....	66

2.9.4 MOMENTO PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	67
2.9.5 MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS ARBITRALES Y EXTRANJEROS..	68
2.9.6 CATALOGO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	68
2.9.7 OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.....	69
2.9.8 PROCEDENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO.....	70
2.9.9 INHIBICIÓN GENERAL DE DISPONER.....	73
2.9.10 PROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL....	74
2.9.11 RÉGIMEN GENERAL DE LA INTERVENCIÓN O ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.....	75
2.9.12 PROCEDENCIA DEL SECUESTRO.....	75
2.9.13 ANOTACIÓN DE DEMANDA.....	76
2.9.14 PROHIBICIÓN DE INNOVAR Y DE CONTRATAR.....	77
2.9.15 REGLAS DE APLICACIÓN DE MÁS MEDIDAS CAUTELARES.....	78
2.9.16 PRESTACIÓN DE CAUCIÓN.....	79
2.9.17 FORMA Y CUANTÍA DE LA CAUCIÓN.....	80
2.9.18 EXENCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE CAUCIÓN.....	80
2.9.19 COMPETENCIA.....	82
2.9.20 EXAMEN DE OFICIO.....	82
2.9.21 SUSTANCIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	83
2.9.22 EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	84
2.9.23 DECISIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	84
2.9.24 EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	85
2.9.25 MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS.....	85
2.9.26 LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	86
2.10 MARCO CONCEPTUAL.....	86

CAPITULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	90
3.2 RECOPIACIÓN DE DATOS.....	91

3.3 OBJETO DEL ESTUDIO.....	92
3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	93
3.4.1 POBLACIÓN.....	93
3.4.2 MUESTRA.....	93
3.5 PLAN DE ANÁLISIS.....	94
3.6 INSTRUMENTOS.....	95
3.7 RESULTADOS ESPERADOS.....	97
3.8 CONFIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN.....	97
3.9 SUPUESTOS Y RIESGOS.....	97
3.10 PRESUPUESTOS Y FINANCIAMIENTOS.....	98
3.10.1 RECURSOS HUMANOS.....	98
3.10.2 RECURSOS MATERIALES.....	98
3.10.3 RECURSOS FINANCIEROS.....	99
3.11 ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	99

CAPITULO IV

4.1 CONCLUSIONES.....	100
4.2 RECOMENDACIONES.....	102

ANEXOS

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

A partir del ascenso del monopolio de la jurisdicción, el Estado asume el trascendental papel de asegurar a todos los justiciables hacer efectivos sus derechos a través del instrumento del proceso judicial, como poder o manifestación del poder estatal; ya que la jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de proceso, la cual corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por la ley, cuya finalidad es que estos cumplan con la función que la ley les ha encomendado ejerciendo el poder.

En efecto todos los ordenamientos procesales reconocen la necesidad de una tutela cautelar con el fin de proteger los derechos e intereses legítimos de los sujetos de derecho, la cual se concretiza por vía de las medidas cautelares, esta forma de tutela configura una respuesta a la demora temporal que requiere cualquier decisión de fondo y a los riesgos que esa decisión puede suponer para el interés del actor, ya que su función principal es reducir esos riesgos; por lo que las medidas cautelares han sido definidas como aquellas dispuestas por el juez a solicitud de parte, con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ficticio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.

Por lo que la investigación que se presenta a continuación, tiene como pilar fundamental el tema de “Las Medidas Cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño”, un contenido de suma importancia en el estudio del derecho, y con énfasis en el estudio del derecho procesal, cuya finalidad está enfocada en dar un panorama claro sobre la aplicación de cada medida cautelar contemplada en un Código Procesal Civil y Mercantil cuya vigencia es reciente, que procura el cumplimiento de garantías procesales a las partes intervinientes, lo que implica estudiarlas a profundidad para distinguirlas y solicitarlas adecuadamente en los procesos que lo amerite, asegurando el cumplimiento de una posible sentencia, permitiendo hacer valer los derechos de los interesados.

En el desarrollo posterior de este trabajo investigativo y por la importancia con la cual se debe de tratar este tema se ha optado por seccionar la investigación en cuatro capítulos, que ayudaran para resolver su comprensión y estudio.

En primer plano se encuentra el Capítulo I, en el cual se ha establecido de forma general lo que se pretende investigar, así como sus motivos y justificación del mismo, trazando objetivos que se pretende alcanzar con la presente indagación e interrogantes que se necesitan ser resueltas.

En el Capítulo II, se ha denominado como Marco teórico, este apartado dará al lector el antecedente histórico de la investigación, lo cual lo ubicara sobre el tratamiento que se le ha dado a las medidas cautelares en los distintos momentos históricos y concepciones en las diferentes legislaciones, como a su vez ubicara aquellos aspectos de carácter doctrinal en torno al tema, que servirá como base para complementar su noción jurídica de las mismas.

Por lo que en el Capítulo III, se establece el diseño metodológico llevado a cabo con el fin de recolectar información veraz y fehaciente sobre la indagación abordada, que servirá para abonar sobre el conocimiento de la temática planteada.

Por último en el Capítulo IV, se encuentran las conclusiones y recomendaciones finales que se tienen sobre la temática abordada.

CAPITULO I

1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En El Salvador en las legislaciones vigentes como en las ya derogadas, en su aplicación se respeta el debido proceso, con la finalidad de garantizar a las partes sus derechos y obligaciones, contenidas en las normas Constitucionales, leyes secundarias y demás normativas jurídicas.

En el derecho procesal salvadoreño se encuentra la institución jurídica de las Medidas cautelares, de la misma forma al entrar en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil esta figura se mantuvo en el catalogo procesal Civil y Mercantil. En su aplicabilidad se producen controversias, esto se debe a que el no ha dejado muy claro aspectos meramente de aplicación, y en algunos casos se ve una baja interpretación subjetiva, fundamentado en que la ley le otorga facultades para a usar la sana critica, lo que en un momento determinado puede producir una afectación gravosa a quien se le aplica, puesto que la aplicabilidad de la medida cautelar no va acorde con el daño y el valor de la cosa litigada.

Las Medidas cautelares como se manifiesto anteriormente, en cuanto a lo que es un dilema su aplicabilidad para el administrador de justicia por las distintas controversias, las cuales van a depender de la naturaleza del proceso, es decir, de derecho público, privado y social. En El Salvador dicha figura jurídica se emplea constantemente en los procesos de derecho privado, su problema radica en que las partes en momentos determinados no tienen claridad en saber cuál es el momento oportuno para solicitar las medidas cautelares, lo que produce al juzgador un conflicto de interpretación, lo que en un momento determinado trae consecuencias nocivas para una de las partes transgrediéndoles sus derechos lo que los obliga a ser uso de otras facultades que la ley les otorgue.

Respecto a la problemática que conlleva la solicitud de las medidas cautelares, se encuentra la figura de la caución. Esta es desconocida por algunos litigantes, e incluso a veces por el aplicador de justicia, en algunos

casos a dirimir se desconoce si es procedente la caución o no, lo mismo sucede para saber su monto o su cuantía la que según el código Procesal Civil y Mercantil no tiene que ser gravosa para la parte contraria , es decir debe ser acorde al daño ocasionado; lo anterior trae como consecuencia que en alguna medida una de las partes en el proceso puede estar en desventaja al imponérsele una medida cautelar de cualquier naturaleza aun cuando se le vulneren ciertos derechos..

Valorando el carácter garantista de las medidas cautelares, porque su objetivo es garantizarle a la parte actora la protección del bien jurídico tutelado por la norma jurídica que se está aplicando al caso determinado, es decir, una garantía para un resultado a favor del actor, esto trae como consecuencia que si la parte demandada no tiene la capacidad económica para rendir dicha caución como quedaría el proceso a dirimir y es un problema para el juez imponerla cuando la parte demandada no tiene la capacidad económica a rendirla. Otro problema que se encuentra en la aplicabilidad de la medida cautelares que el legislador no dejo un término o plazo para solicitarlas en el proceso, lo que debe entenderse que las partes pueden solicitarlas en cualquier momento procesal mientras no haya una sentencia.

1.2 JUSTIFICACION

El conflicto que genera la adopción de medidas cautelares, es que si estas cumplen con su fin primordial con efectividad, el cual consta de salvaguardar el derecho que se encuentra en peligro de lesión o frustración del mismo, a lo largo del transcurso de un proceso determinado llevado ante la competencia del juzgado Civil y mercantil, generándose controversia en cuanto puede verse perjudicada una de las partes al ser decretada la medida cautelar, por lo que es necesario indagar cuales son las garantías y derechos que protegen a la parte que se ve afectada, con el fin de ejercer el principio de igualdad procesal de las partes en el debido proceso.

Tomando en cuenta que por regla general en la praxis jurídica la medida cautelar es solicitada por la parte demandante, ya que en primera instancia es quien cree estar facultado como único recurrente a tal petición, pero esto no inhibe a que la parte demandada pueda hacer uso de dicha protección procesal, ya que en la legislación salvadoreña permite que ambas partes puedan solicitar las medidas cautelares, por lo que es necesario analizar que el derecho de petición hecha por la parte demandada puede llegar a ser ejecutable, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de ley, y verificados estos, el juez deberá darle tramite a tal petición cumpliendo de esta forma con el principio a la protección jurisdiccional.

Así mismo es necesario investigar los parámetros utilizados por el juez competente para imponer una medida cautelar, con el propósito de que esta sea acorde a lo que la norma jurídica expresa, examinada a través de la sana crítica de juez, pero evitando una interpretación subjetiva de la misma, ya que sin la debida fundamentación pasa a ser una libre convicción, produciendo un perjuicio a la parte a quien se le aplica la medida cautelar. Por lo que es necesario investigar a su vez, el momento oportuno, su solicitud y aplicación de la medida cautelar; evitándole de esta forma al juez un conflicto de interpretación.

Dentro del proceso de medidas cautelares se exige una caución la cual conlleva a un conflicto, dada la cuantía y el cumplimiento de requisitos para

rendirla, por el cual se debe de comprobar su efectiva procedencia y aplicabilidad, es decir, si es procedente la caución, y si esta lo es; debe ser acorde al daño o agravio estimado, sin perjudicar a la parte contraria, por lo que el juez no puede exigir una caución exorbitante, por lo que es necesario examinar que este tenga la capacidad económica suficiente para hacerla efectiva, ya que al no tenerla produce un efecto negativo al proceso, debido a que no podrá garantizar la efectividad de la medida cautelar a la parte agraviada, más aun cuando el código no establece un término o plazo para hacer uso de tal facultad por lo que podrá hacerse durante el proceso media vez no se haya dictado sentencia.

1.3 OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Conocer y estudiar la aplicación de las medidas cautelares conforme al derecho vigente y positivo salvadoreño en el Proceso Civil y Mercantil.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Evaluar e investigar en los diversos juzgados Civiles y Mercantiles, sobre la aplicabilidad de las medidas cautelares.
- Indagar el proceso de ejecución de las medidas cautelares en el Proceso Civil y Mercantil con abogados en el ejercicio libre de la profesión
- Indagar las consecuencias en la aplicación de las medidas cautelares en las partes.
- Identificar por medio de la entrevista a profundidad las características de las medidas cautelares
- Indagar con qué frecuencia las partes solicitan a los tribunales correspondientes en los procesos civiles y mercantiles las medidas cautelares.
- Investigar y verificar cual es el proceso que los aplicadores de justicia ejecutan para determinar o imponer las medidas cautelares a la parte

- Indagar en los tribunales competentes que sucede cuando a la parte que solicita la medida cautelar no tiene capacidad para cumplirla y cuál es la actitud del aplicador de justicia y de las partes.
- Indagar e investigar si a toda solicitud de una medida cautelar el juez de lo civil y mercantil accede a ella.

1.4 PREGUNTAS GUÍAS

- ¿Quiénes tienen derecho a solicitar las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y Mercantil?
- ¿Será eficaz la aplicación de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y Mercantil?
- ¿Cuál es el fin de solicitar las Medidas Cautelares?
- ¿Con que frecuencia son solicitadas las Medidas Cautelares ante los juzgados Civiles y Mercantiles?
- ¿Es Constitucional la solicitud de una Medida Cautelar?
- ¿Las Medias Cautelares vulneran principios o garantías Constitucionales?
- ¿Cuáles son los criterios que el juez de lo Civil y Mercantil toma para decretar una Medida Cautelar?
- ¿Qué criterios utiliza el juez para eximir a la parte solicitante de la Medida Cautelar la caución de ley respectiva?
- ¿Cuáles son los motivos por los cuales procede el embargo preventivo de bienes y el secuestro de cosa mueble?

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS

El Derecho procesal, como hoy se conoce ha tenido que pasar por una serie de sucesos y eventualidades, con el fin único de convertirlo en una perfecta vía para el cumplimiento de una pronta justicia. En ese mismo sentido y por ser una figura puramente procedimental las Medidas Cautelares han venido evolucionando y transformándose en una medida eficaz para proteger el derecho del eventual ganador de un litigio.

Resulta entonces necesario Clarificar las medidas cautelares en un contexto histórico para entender como esta figura contemplada en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño ha venido evolucionando desde sus raíces internacionales hasta el contexto nacional en leyes derogadas.

2.1.1 DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.¹

La Pignoris Catio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda.

Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legislación, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legisaciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

Otra figura dentro del Derecho Romano en la legisactio, es la que se conoce con el nombre de —Manusiniectio Per ManusInjectionem- consistía en una facultad que tenía el acreedor de aprehender a su deudor, confeso o juzgado. Aquí se observa un modo de ejecución personal parecido a la detención, ya que recaía sobre el mismo deudor, y no sobre su patrimonio, en este orden de ideas el moroso o insolvente pasaba a jurisdicción de su acreedor. Durante el lapso de 60 días el deudor disponía de plazo para pagar por sí o por un tercero, función que cumplía el Vindex. De no efectuarlo, en los tiempos primeros, el acreedor podía dar muerte al deudor o venderlo como esclavo.

2.2 MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMBITO INTERNACIONAL (LEGISLACION COMPARADA)

2.2.1 MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA. 2

Bajo el rótulo medidas cautelares, los arts. 721-747 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), regulan sistemática y unitariamente la generalidad de las formas de tutela provisional en España, entendiéndose de las medidas cautelares de la siguiente manera:

El juicio es una sucesión de actos con dimensión temporal. Debido a las limitaciones del juicio humano es necesario consumir un espacio de tiempo para definir el derecho: su creación en el juicio no es un acto instantáneo, sino que se realiza a través de lo que gráficamente denominamos *processus iudicii*.

Por otro lado, el juicio tiene una indudable vocación de eficacia, su finalidad no estriba meramente en la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sino también en que éste se cumpla. Para paliar de alguna manera los riesgos de la tardanza de una resolución definitiva, que puedan hacer ilusorio el pronunciamiento jurisdiccional, hay que arbitrar un sistema de protección, surge así el concepto de medida cautelar.

La medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del juicio, en orden a su eficacia. Su mecanismo operativo es hasta cierto punto sencillo: El juicio eficaz es el que otorga una completa satisfacción jurídica a las partes.

No se limita a la mera “declaración” del derecho, sino que se prolonga incluso en una eventual fase de ejecución para cumplir en todo su alcance el pronunciamiento jurisdiccional.

Sólo cuando la sentencia ha sido cumplida por completo alcanza su plena eficacia. Como esta meta se vislumbra ciertamente lejana al inicio del juicio, la solución idónea estriba en anticiparla o al menos asegurarla de alguna manera. La medida cautelar anticipa provisionalmente la ejecución o asegura su éxito, desde el propio momento inicial del juicio.

2.2.2 MEDIDAS CAUTELARES EN CHILE.

Bajo el Libro II, Título V del Código de Procedimiento Civil, bajo el acápite “De las medidas precautorias” se encuentra regulada lo que en nuestro medio conocemos como medidas cautelares, al respecto para la legislación Chilena es más idóneo llamarles "Medidas Precautorias", ignorando el término que en nuestro medio conocemos que es " Medidas Cautelares", sin que esto; claro está, haga que signifiquen cosa distinta.

Al respecto el código procesal civil Chileno en su Art. 291 nos dice que para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
2. El nombramiento de uno o más interventores;
3. La retención de bienes determinados; y
4. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

En la legislación Chilena existe un catálogo de medidas previamente establecido como en la mayoría de legislaciones.

2.2.3 MEDIDAS CAUTELARES EN BRASIL.

En este país, el art. 273 del C.P.C. (según reforma por ley 8952/94) prevé el instituto nominado como “Anticipación de la Tutela”, sin embargo es menester acotar que el artículo de referencia no está ubicado dentro de los procesos cautelares sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento –lo que alerta acerca de que su naturaleza no es precautoria-, conclúyase de ello que no es un procedimiento accesorio o instrumental de otro “principal”, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene resolución anticipatoria.

Dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho (lo que es propio de lo cautelar) realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice. ³

El mencionado dispositivo establece que “El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I) Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; II) Esté caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado....”

El requirente debe prestar contracautela y si obtiene el dictado de la sentencia anticipatoria, ella se insertará dentro del proceso troncal que seguirá su trámite, no representando una incidencia separada. El trámite troncal seguirá su curso, y la sentencia de mérito revocará o confirmará la sentencia anticipatoria. 4

2.2.4 MEDIDAS CAUTELARES EN VENEZUELA.

En Venezuela las medidas cautelares son conocidas por el nombre de "Medidas Preventivas" El artículo 585 del código de procedimiento civil establece que las medidas preventivas serán decretadas por el Juez solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.5

La doctrina venezolana ha conceptualizado las medidas preventivas en disposiciones de precaución adoptadas por el juez, a instancia de parte, a fin de asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado o demandado antes de la sentencia.

La aspiración de las partes en un proceso consiste en la realización material del Derecho, sobre todo cuando se busca una sentencia de condena.

Se dice entonces que el Estado Venezolano goza de Poder cautelar este se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva y en consecuencia entramos en la definición de medidas cautelares, que no son más que los medios de que dispone quien se afirma titular de un derecho, para asegurar su ejercicio, cuando carece de un título ejecutivo que le permita adelantar la ejecución de esos derechos.

Es importante señalar que una vez agotado el contradictorio no hay posibilidad de solicitar o decretar por el juez medidas preventivas sino procedimientos ejecutivos.

2.2.5 MEDIDAS CAUTELARES EN COLOMBIA.

En este país dado el carácter incierto del derecho en disputa, el legislador siempre ha sido parco en permitir la práctica de medidas cautelares en el proceso declarativo, especialmente del embargo y secuestro y particularmente dentro del proceso ordinario, reglándose la institución en los artículos 690 a 692 del C.P.C. En las mentadas disposiciones y hasta antes de la expedición de la Ley 769 de 2002, el régimen de las medidas cautelares para afectar bienes a petición de la parte interesada era el siguiente:

Dentro del proceso ordinario, el Art. 690 del C.P.C permitía las siguientes posibilidades:

a) En los procesos que versen sobre derecho de dominio y otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho: la inscripción de la demanda, en cuanto a los bienes sujetos a registro y el secuestro de bienes muebles (Núm. 1)

b) En los mismos asuntos indicados en el anterior literal y si el demandante obtiene sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada: el secuestro de los respectivos bienes inmuebles (Num.5º).

c) En los asuntos que versen sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito: el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño (Núm. 6º)

d) En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta

fuere apelada o consultada: el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado (Num.8º).

e) De manera oficiosa, en los procesos de pertenencia, deslinde y amojamiento, servidumbre, expropiaciones y división de bienes comunes: la inscripción de la demanda, cuando ella versa sobre bienes sujetos a inscripción en un Registro Público.

Este abanico de medidas cautelares son insuficientes dentro del proceso ordinario, para garantizar la efectividad de una sentencia condenatoria, puesto que la mora judicial que afecta al país y que no es exclusiva de dicha judicatura, hace en la mayoría de los casos en los que las medidas no son permitidas, en la que el demandado tuviera la oportunidad de distraer sus bienes en el amplio interregno de varios años que se separaba la presentación de la sentencia en primera instancia.

2.2.6 BREVE EVOLUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.

Constituye un lugar común que toda la construcción dogmática de las medidas cautelares se funda en torno a disminuir el tiempo que emplean los tribunales de justicia en resolver el conflicto ante ellos planteado. Este tiempo, necesario para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, en definitiva, para lograr la convicción en el juez al momento de resolver el litigio, puede transformarse paradójicamente en el gran enemigo del proceso y, como se comprenderá, el principal objetivo de la relación procesal.

Al respecto, que desde la antigüedad se rige el principio que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*). Esto último encuentra un razonable fundamento en la incertidumbre que todo proceso conlleva, indecisión que sólo se dilucida una vez que se dicta la sentencia definitiva y, más precisamente, una vez que ésta adquiere firmeza:

Si bien lo anterior es en principio plausible, no se puede olvidar que de una u otra forma favorece la posición del sujeto pasivo de la relación procesal, el cual puede esperar «tranquilamente» el desarrollo completo del iter procesal sabiendo que durante ese tiempo la cosa sobre la cual se litiga permanecerá en su poder, y que su patrimonio no sufrirá detrimento alguno.

Carnelutti a este respecto observaba que «cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esta superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginarla hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro: el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso. ⁶

Frente a esta realidad, y a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la pretensión del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han contemplado una serie de medidas que englobadas bajo diferentes nombres (cautelares, precautorias, conservativas, asegurativas, provisionales, entre otros) buscan precisamente asegurar la efectividad de dicho cumplimiento.

Durante el siglo XX y principalmente a partir de su segunda mitad la originaria «tranquilidad» de que gozaba el demandado ha sido puesta en entredicho. El objeto sobre el cual se desenvolvían los litigios se ve alterado; surgen nuevos textos positivos que ya no aceptan la hegemonía de los códigos procesales decimonónicos y que ya no se inspiran en la misma filosofía que éstos tuvieron.

La impetuosa sociedad actual cuestiona profundamente los cimientos sobre los cuales descansaron los juicios en el siglo XIX. Lo anterior se ha traducido en un claro cuestionamiento de los propios fundamentos de la tutela cautelar, alterándose la finalidad que tradicionalmente cumplió. En esta materia paulatinamente se ha avanzado de una concepción eminentemente conservativa o precautoria (piénsese en las figuras en torno a las cuales se realizó la construcción dogmática procesal de las medidas cautelares en Chile tales como el secuestro, retención de bienes, prohibición de celebrar actos y contratos, nombramiento de interventor judicial, entre las más significativas) hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio.

Las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, cual es la de evitar que el transcurso del tiempo que insume todo proceso judicial torne ilusorio o imposible el cumplimiento de la sentencia que haya de dictarse. Su importancia es, por tanto, gravitante. En muchos casos, sin una medida cautelar que lo respalde, el proceso sería ineficaz para cumplir la función que se le encomienda en un Estado de Derecho: poner fin a los conflictos surgidos en el seno de la sociedad.

Normalmente, las medidas cautelares (o precautorias) se dictan inaudita, para evitar que el demandado pueda obstaculizar el cumplimiento de lo resuelto. A pesar de que la gran mayoría de las legislaciones prevé esta modalidad (y así lo hace el Código Procesal Civil paraguayo), ello constituye una excepción a los preceptos constitucionales que consagran el derecho a la defensa en juicio y establecen las garantías procesales para que aquel sea efectivo. Como paliativo de esta indefensión inicial que afecta al demandado, se ha previsto que el solicitante otorgue una contracautela para responder de los daños que la medida pudiera originar.

El análisis de los presupuestos exigidos por la ley para el despacho de las medidas cautelares adquiere, por ende, un contacto íntimo con las normas Constitucionales que rigen el Derecho Procesal, en el sentido de que al ser la medida cautelar un "instrumento del instrumento", debe responder -al igual que todas las demás normas procesales- a los lineamientos trazados por la Constitución; puesto que en ella se establecen las garantías y los principios básicos que ordenan la forma de los juicios en el marco de un Estado de Derecho.

La normativa vigente deja librada la determinación de la existencia de la probabilidad del derecho del peticionario y de la clase y monto de la contracautela casi exclusivamente al arbitrio judicial, lo cual abre la posibilidad de que sean otorgadas medidas cautelares sin motivos verdaderamente fundados que ameriten su despacho, o bien, sin que el solicitante haya ofrecido una contracautela suficiente.

Este sistema poco reglado y en el cual el juez actúa casi por intuición y bajo la presión de la urgencia, expone al afectado a sufrir severos daños

patrimoniales, que muchas veces pueden tornarse irreparables en los casos en que la garantía ofrecida como contracautela por el peticionario sea ínfima (o nula). A su vez, la insuficiencia o ausencia de una real y efectiva contracautela puede suponer la violación del debido proceso. En efecto, si la contracautela es la garantía de igualdad y bilateralidad ante la falta de contradictorio previo al dictado de la medida, parece claro que en caso de que la misma no exista o se repute insuficiente, se estarían desconociendo aquellos principios procesales que se pretenden tutelar.

Esta imperfección es susceptible de convertir a la medida cautelar en una situación adversa, puesto que bajo el velo de una finalidad noble y querida por la ley, puede dar paso a la arbitrariedad y a la lesión de los derechos de los justiciables afectados por la medida.

La aplicación de las medidas cautelares genera así una tensión entre los derechos del actor (quien pretende evitar el riesgo de la demora y la pérdida de su derecho por el paso del tiempo), y los del demandado o destinatario de la medida (quien se vería perjudicado si ella fuera abusiva o injusta), a lo cual se suma que muchas veces, la excesiva gravedad de la medida impuesta podría dejarle en inferioridad de condiciones para defender sus derechos en el proceso principal.

Por este motivo, es menester encontrar el justo equilibrio entre estos dos extremos: el de la eficacia que se pretende del proceso, de un lado; y el derecho a la defensa y la igualdad, del otro.

Partiendo de la premisa de que la implementación de esta herramienta concebida en favor de quien se presenta como pretendiente o titular de un derecho (hipotético, no reconocido aún), no puede representar la conculcación de los derechos del destinatario de la medida, ni la ruptura de la igualdad de las partes en el proceso. El quid de la cuestión radica en hallar un sistema ideal de normas que armonice intereses tan dispares y contrapuestos, ya que el derecho procesal debe ser siempre una herramienta de utilidad para el servicio de justicia y no un arma para que el litigante inescrupuloso pueda juzgar a su adversario.

Si bien no es reciente el nacimiento de una doctrina, sobre esta específica institución procesal, no existe acuerdo respecto a las bases de ese concepto, que unifica una serie de pretensiones, procedimientos y resoluciones, bastantes diversos en sus objetos, formas y resultados particulares. De allí que alguna significación tenga el nombre o designación genérica que se elija para sistematizarlos.

Si se busca su nombre en la pretensión, se tendría que designar como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, se tendrían que llamar procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o decisiones cautelares, con ninguna de estas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, como se percibirá, se puede dar lugar a equívocos.

De allí que se haya preferido, siguiendo la práctica generalizada, llamarlas medidas, designación que da idea del objeto y del resultado. Si bien el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo sino ponerlo en ejecución. Al sustantivo medidas y para indicar su naturaleza, se le agregan diversos adjetivos calificativos o voces que lo califican: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares o previas, o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela, o cautelares.

Este último significa prevenir, precaver (diccionario de la lengua Española) y que señala una anticipación de lo que ha de venir, por motivos de precaución y a la vez da una cierta idea de interinidad.

Lo que se intenta precautelar es un derecho eventual que ha de ser luego, en su caso, reconocido y declarado en la sentencia. Es decir, lo que se cautela o se protege es la pretensión misma del peticionante, la cual puede resultar insatisfecha luego de su reconocimiento por la sentencia, no encuentra el modo de hacerse efectivo en la realidad.

La pretensión cautelar está orientada, consecuentemente, a asegurar una pretensión material o de fondo; de donde se extrae que la medida cautelar

busca que la pretensión sobre la cual se ha de expedir la sentencia definitiva, no se diluya con el paso del tiempo. De ahí que sea un requisito indispensable la denominada "verosimilitud del derecho" del peticionante, ya que no es concebible la idea de una medida cautelar si no existiera un derecho con apariencia de verdadero que corra peligro de perderse a causa de la duración del proceso.

A raíz del carácter de subordinación de la medida cautelar a la sentencia definitiva, podría entenderse que lo cautelar se opone a lo definitivo, que sería la sentencia de mérito o de fondo. Pero en puridad, si se toma el lenguaje de Calamandrei, lo cautelar no es oponible a lo definitivo sino a lo principal, o a lo material, en la inteligencia de que del procedimiento que origina el dictado de la medida cautelar también podría seguirse lo definitivo, por ejemplo en el caso de que la medida hubiera sido recurrida y luego confirmada por el tribunal superior, dándole un cierto carácter definitivo aunque ligado estrictamente a lo cautelar.

Volviendo al epicentro de la cuestión, se concluye que las medidas cautelares tienden a evitar que los derechos que puedan ser declarados o reconocidos por la Sentencia de mérito (si ella resultara favorable al demandante), se vean frustrados cuando el proceso judicial que le antecede culmine.

De lo contrario, no serían necesarias las medidas cautelares, porque como dice Calamandrei, "... en un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares." 7

De este concepto se desprende la que viene a ser la nota fundamental que distingue a la medida cautelar y la convierte en un fenómeno inconfundible e irreplicable en el mundo del Derecho: la instrumentalidad. La medida cautelar cumple una finalidad eminentemente instrumental, puesto que no se agota en

sí misma ni es un fin en sí misma, sino que está destinada a lograr el buen fin de un proceso al cual accede o le sirve de complemento.

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de un interesado de oficio para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho. ⁸

Los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional y eviten el proceso entero a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez.

2.2.7 NOCIONES GENERALES

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, "medida" significa disposición, prevención. "Prevenir", a su vez, significa precaver, evitar, estorbar o impedir algo. "Precaver" viene del latín *praeycavere*, prometer, garantizar. Como primera idea se tiene, pues, que la medida cautelar consiste en una disposición o medida que tiene por fin prever o precaver algo.

En general, la doctrina concuerda en que las medidas cautelares son aquellas resoluciones que tienen por objeto asegurar el resultado práctico de la sentencia demérito que haya de dictarse en un proceso principal al cual sirven de respaldo, para que el cumplimiento de lo resuelto no se torne ilusorio.

El gran Couture las define diciendo: "Dícese de aquéllas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo." ⁹

Calamandrei -a quien se sigue mayormente en la exposición- define las medidas cautelares como una "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma." Por lo que explica que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente pre-ordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin. ¹⁰

Para Casco Pagano, "Las medidas cautelares o precautorias son aquellas que el juez dispone para impedir que el presunto deudor realice actos de disposición o de administración que disminuyan su responsabilidad patrimonial y convierta en ilusorio el resultado del juicio. Las medidas cautelares tienen el objeto de asegurar la eficacia, el resultado práctico de la resolución que se vaya a dictar en el juicio. ¹¹

Lino E. Palacio nos enseña que el proceso cautelar "es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva". ¹²

La sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que se deben recorrer hasta alcanzar una sentencia definitiva. Es sabido que, dependiendo de la complejidad del caso y del ofrecimiento de prueba realizado por las partes, la etapa probatoria puede prolongarse por años.

En este escenario surge una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura en forma provisoria que el transcurso de tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz.

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

2.2.8 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica. En primer lugar, se comparte la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo una.

En tal sentido, se entiende que a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si se está en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

La polémica se suscita entre autores como DI IORIO, que sostienen que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, y autores como REIMUNDÍN, que postulan la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso.

13

La primera de las corrientes reconoce su influencia en CALAMANDREI, autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. ¹⁴

Ante tanta diversidad y no consenso en este punto muchas de ellas ambiguas y sobre todo porque ninguna de ellas logra suficientemente

demostrar la naturaleza de las medidas cautelares se habla de tertiungenus del proceso contencioso, obrante junto al de cognición y ejecución, porque el presupuesto está en la litis y no en la composición de la litis.

En este punto se considera que la verdadera Naturaleza Jurídica de esta institución que se está tratando no ha llegado aún a su etapa de madurez, sobre todo por la diversidad de opiniones respecto al tema. Se entiende por el avance y renovación de los procesos jurídicos en el mundo europeo y latinoamericano principalmente, la cuestión de las medidas cautelares esta a la víspera de convertirse en un verdadero proceso, sobre todo por las futuras exigencias de respetar los derechos del contradictorio y el derecho de igualdad, que en las medidas cautelares no se ve a cabalidad y ante todo tomando en cuenta que el derecho es de carácter dinámico, y se mantiene en constante cambio.

2.2.9 OBJETO

No es fácil hallar un objeto o motivo suficientemente genérico que justifique y cubra todas las medidas cautelares. Mientras en algunos casos resulta evidente la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación aun no reconocida por el órgano jurisdiccional (medidas para asegurar la ejecución); en otras, parece destacarse la finalidad de evitar daños (medidas de seguridad de bienes yacentes, depósitos y ventas de mercaderías, daño temido); o de que en el curso de un proceso cambie la situación de bienes o derechos litigiosos, produciendo una desigualdad en la posición de los litigantes (prohibiciones de innovar y contratar, anotación de Litis); o se ocasione daños a las personas (guarda de menores, presuntos incapaces, mujer casada), o sea necesario satisfacer necesidades urgentes (alimentos provisorios); o se imposibilite o dificulte la producción de medios probatorios (instrucción preventiva).

Rasgos comunes, son por un lado, prevenir posibles perjuicios a sujetos de un litigio o de un posible litigio o, más precisamente, a los titulares o presuntos titulares de un derecho subjetivo material, que eventualmente puede ser actuado ante la jurisdicción (interés privado). Y por el otro, procurar que la

función jurisdiccional pueda cumplirse esclareciendo la verdad del caso planteado, para decidirlo conforme a derecho y ejecutar lo decidido, restableciendo el orden jurídico, con el menor daño o menoscabo en los bienes y en las personas.

Calamandrei dice que el objeto es asegurar la seriedad de la función jurisdiccional, sostiene que más bien que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que, a su vez, actúa el derecho.

Desde el punto de vista objetivo, podría decirse que las medidas cautelares tienden a asegurar los elementos formativos del proceso (pruebas); los elementos materiales que en él se discuten o han de servir para satisfacer la obligación reconocida (bienes) y a preservar de daños a los sujetos del interés sustancial, mediante su guarda y a la satisfacción de sus necesidades urgentes. Es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso. No se trata de tutela inmediata sino de tutela mediata

Como se ha dicho, todas y cada una de las instituciones procesales responden a fines privados y públicos: el interés individual tutelado por el derecho y el mantenimiento inalterado del ordenamiento jurídico estatal. Así también en las medidas cautelares existe, pues, un interés privado o particular de los litigantes, hay un interés de la colectividad en que no se dañen bienes de consumo o se entorpezca la producción, el comercio y los servicios públicos y el genérico del Estado en mantener y restablecer el orden jurídico.

No hay duda que en las medidas cautelares existe, pues, un fin privado y un fin público, que dan al ejercicio de las facultades necesarias para obtenerlas, aspectos publicísticos y privatísticos. Pero, en cierta especie de estas medidas, parece predominar la finalidad pública sobre la privada, autorizando al juez a proceder de oficio (guarda y prestación de alimentos, en ciertos supuestos de incapacidad, seguridad de bienes yacentes). La absorción por el derecho administrativo del interdicto de obra vieja (daño temido), es una prueba de la preponderancia a la cual aludo.

2.2.10 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En términos simples se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por los otros primeros nunca han presentado problemas en la doctrina Argentina y comparada; los segundos, en cambio, han sido objeto de una profunda discrepancia.

2.2.11 FUNDAMENTO Y CARACTERES

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial.

Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos, la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido un tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

Este fundamento deriva del de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Constitución Nacional de la República de Argentina). Pero el peligro en la demora también implica que se vea involucrado, a su vez, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, que de todas formas se vincula estrechamente al principio antes señalado, y que apunta a resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad del objeto de la litis. ¹⁵

Por ello, se coincide con los autores que sostienen que si bien no es posible desconocer que las medidas cautelares persiguen la garantía objetiva de la inalterabilidad del equilibrio de las partes en el proceso, y por ende, la eficacia y seriedad de la justicia, su fundamento también radica en la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional. ¹⁶

2.2.12 JURISDICCIONALIDAD

El carácter de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares se refiere a que la adopción de la medida cautelar compete al órgano jurisdiccional. Puede ser el órgano jurisdiccional que conozca inicialmente del proceso, en caso de ser posteriormente incompetente o el que conozca de todo el proceso.

Pues bien, las medidas cautelares presentan los siguientes caracteres:

2.2.13 ACCESORIAS O INSTRUMENTALES

Las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior ¹⁷. Es interesante la observación que efectúa CHIOVENDA, en tanto señala que “en la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”. ¹⁸

2.2.14 INSTRUMENTALIDAD

Es la característica esencial de las medidas cautelares, implicando que ellas están subordinadas a un proceso principal, el cual radica en el objeto que está en litigio dentro del proceso. Lo que se busca al decretar una o más medidas cautelares es la efectividad de la sentencia estimatoria que en su debido momento se dicte por la autoridad judicial. Esta característica es por la necesidad de evitar que se produzca un daño, o que el mismo daño se agrave durante la espera en el tiempo en que se dicte la sentencia definitiva. ¹⁹

Las medidas cautelares son instrumentales o accesorias, puesto que dependen de un proceso principal al cual sirven de ayuda y que es motivo de su existencia. Dice Calamandrei: "...Las providencias cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito." 20

La medida cautelar está sujeta o subordinada a la existencia de otro proceso principal al cual sirve de apoyo (en la línea de eficacia), donde está en juego una pretensión distinta de la pretensión cautelar, independientemente de que la medida pueda ser decretada antes o después de promovido el proceso principal. En consecuencia, se niega la posibilidad de una "medida cautelar autónoma" o de una "cautela material" o "autosatisfactiva", independiente de un proceso principal y que se agote con dicho pronunciamiento, porque ello desnaturaliza la esencia misma de la medida cautelar.

No obstante, se debe aclarar que esta calificación de "autonomía" viene relacionada con la regulación legal de ciertos tipos de proceso, como por ejemplo los interdictos posesorios, que reciben de la ley un tratamiento especial, rápido y eficaz, tendiente a obtener la inmediata satisfacción de la pretensión deducida, a pesar de que no constituyen medidas cautelares propiamente dichas. 21

Es decir, se dicen que son instrumentales por cuanto no tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso que reviste el carácter de principal, del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que se va a dictar.

Las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la

resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella

Dado que el proceso cautelar carece de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de instrumentalidad, la pretensión cautelarmente deducida no guarda equivalencia con la pretensión principal y, a fortiori, menos aún podría intentarse obtener a través de aquélla resultados o efectos que por la naturaleza de la acción principal deducida no se alcanzarían con la admisión de esta última.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de una acción contencioso administrativa, acción que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir, lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario.

2.2.15 PROVISIONALIDAD

Esta característica va destinada a su existencia que tiene relación con las circunstancias que determinaron a solicitarlas, de igual forma una vez otorgada la medida cautelar en el momento en que cesare el daño se podrá requerir su levantamiento. Constituyéndose así, en un anticipo de la garantía jurisdiccional encaminada a asegurar el resultado del proceso principal.

La providencia que dicta una medida cautelar tiene efectos provisionales, la cual está destinada a agotarse, en cuanto que su objeto sea alcanzado en el momento en que se dicte la sentencia definitiva sobre el mérito de la controversia

La provisionalidad corresponde a un interés específico que se justifica en el momento de solicitarla cualquier medida cautelar, de la existencia de un peligro de daño jurídico, que viene dado por el retardo de una providencia

jurisdiccional definitiva; es decir, el *periculum in mora*, que es la condición típica y distintiva de las providencias cautelares. ²²

El carácter provisional conlleva a decir que están destinadas a mantenerse mientras se mantengan las situaciones que las originaron y siguen la suerte de la principal, lo que las convierte en accesorias también.

Las medidas cautelares no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso principal se haya alcanzado una situación que haga ya inútil el aseguramiento²³, bien porque la pretensión ha sido desestimada, porque la sentencia principal ha sido ya cumplida o porque se han realizado actos del proceso de ejecución que privan la razón de ser de las medidas cautelares.

Lo que conlleva que su existencia está limitada hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza, cualquiera sea el sentido de ésta: si la sentencia favorece al solicitante, la medida cautelar se transforma en una medida más enérgica, y por lo general, de su carácter originalmente preventivo pasa a convertirse en una medida ejecutiva; mientras que si la sentencia de mérito rechaza la demanda y por ende desestima la pretensión del solicitante, la medida también perece, dando lugar a su levantamiento.

Carnelutti se refiere a ello del siguiente modo: "Dada la finalidad del proceso cautelar, el proveimiento decisorio cautelar es un proveimiento temporal o pasajero. A diferencia de la decisión jurisdiccional, la decisión cautelar tiene siempre un *dies ad quem*; cuando el vencimiento sobreviene, la eficacia se extingue. *Tal dies ad quem* está representado por el momento en que se eleva a firme la decisión jurisdiccional del litigio a que el proveimiento cautelar se refiere. ²⁴

Usualmente, los conceptos de "provisoriedad" y "temporalidad" tienden a ser confundidos por los juristas debido a los puntos de contacto existentes entre ambos. Para despejar la duda, recurrimos a la sabiduría de Calamandrei: "... el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con él, de

interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio." ²⁵

Aplicado esto a la medida cautelar, se concibe que la misma tiene una duración provisorio, que va desde el momento de su despacho hasta aquél en que sobre viene el pronunciamiento definitivo que le pone fin.

Enseña también Calamandrei: "La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia." ²⁶

Consecuentemente, debe entenderse que la provisoriedad(o provisionalidad) de la medida cautelar no deriva simplemente de que para su dictado se requiere un conocimiento sumario o superficial de la verosimilitud del derecho, sino más bien de su función instrumental ligada a la protección de la sentencia, por lo cual pierde su vigencia, al no ser ya necesaria, con el dictado de aquélla.

Las medidas cautelares, no tienen un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal, y en consecuencia, su existencia es provisorio. La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal.

La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

2.2.16 TEMPORALIDAD

Esta característica es el reflejo de la instrumentalidad que poseen las medidas cautelares, a pesar de producir efectos desde que se conceden tienen una duración en el tiempo que pende del proceso principal. Es decir, que toda medida cautelar adoptada en un litigio, tienen una duración temporal limitada, por lo que se puede afirmar que nacen para extinguirse. ²⁷

El carácter va referido a que una vez desaparecen los presupuestos o motivos que sirvieron de puente para su adopción y ejecución procede el levantamiento o extinción de la misma ²⁸. El carácter va referido a que una vez desaparecen los presupuestos o motivos que sirvieron de puente para su adopción y ejecución procede el levantamiento o extinción de la misma.

De la anterior características se establece que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que ésta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial.

En otras palabras, las medidas cautelares, además de ser provisionales, de tener como límite máximo de vigencia la duración del proceso principal, se encuentran sometidas a un lapso de tiempo a la cláusula rebus sic stantibus (“estando así las cosas”) de modo que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial. ²⁹

2.2.17 AUTONOMÍA Y UNIDAD

Mucho se ha discutido respecto a la autonomía de las medidas cautelares; se ha examinado ese problema, pero conjuntamente con el de su

unidad, sin lo cual parece poco claro. "Las medidas de cautela —se ha dicho— como todas las instituciones procesales asientan su unidad y su autonomía en la apodíctica trilogía estructural que he propuesto, de jurisdicción, acción y proceso"

El concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesaria relación de su unidad, puede llevar a serias confusiones. No existe, una acción cautelar (en el sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva. Se trata de la facultad procesal que compete al actor, al demandado, al tercerista, de pedir mediante una instancia preliminar o incidental o sumaria reflejándose la coincidencia con quienes defienden el concepto unitario de acción.

La función jurisdiccional de cautela, no es diversa de la ejercitada en procesos ordinarios o ejecutivos. Se trata del ejercicio, en diversa medida, de las facultades que integran la jurisdicción. El proceso de conocimiento es sumario o sumarísimo, pero siempre existe en algún grado; no falta la decisión, pero asume caracteres preponderantes el imperium que se ejercita en la ejecución de cada medida.

Por eso mismo no pueden concederlas los árbitros, cualquiera sea la naturaleza del arbitraje y el contenido del compromiso.

No existe un proceso cautelar específico; solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho.

Pero, si a la idea de autonomía le agregamos la de unidad, parece que resulta de más fácil comprensión. Las medidas cautelares son autónomas en su unidad conceptual, en cuanto no son una dependencia o un accesorio de un proceso determinado, sino un complemento funcional de cualquier tipo o especie de proceso.

Por lo que puede establecerse que al hablar de autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su unidad conceptual y funcional; la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática.

2.2.18 FLEXIBILIDAD

Se cree que las medidas cautelares en la forma que produzca una variación de los presupuestos o circunstancias que prevalecieron al tiempo de la adopción, se pueden ajustar a la nueva realidad que impera.

La variabilidad permite que se puedan modificar, sustituir, ampliar o levantar, en la medida que cambien las circunstancias que prevalecieron al tiempo de su adopción.

Implicando que esta modificación, sustitución, ampliación o levantamiento se dé por la alteración de la situación o circunstancias que motivaron la invocación de la medida cautelar; bajo este criterio únicamente deberán mantenerse mientras subsistan los supuestos que las han justificado.

30

Estas puede llegar a desaparecer, con o sin anterioridad por decisión del juez, sin importar el tiempo de producirse una sentencia definitiva que pone fin al proceso, la cual, si es desestimatoria, extingue la medida y si es estimatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución.

2.2.19 SUMARIEDAD

Esta característica consiste en la agilidad con que debe sustanciarse la adopción y ejecución de las medidas cautelares, el conocimiento de los hechos a la hora de interponer la medida cautelar, tiene su razón de ser en la celeridad y urgencia que puede representar el peligro en la demora, dado que de entrar en un conocimiento profundo sobre la verdadera existencia del derecho alegado, se entraría a fallar el fondo del asunto sin ser requerida la declaración de una protección cautelar dentro del proceso. ³¹

Es por lo anterior, que afirma Serra Domínguez: bastara para declarar una medida cautelar con alguna verosimilitud o probabilidad de éxito del proceso. ³²

De acuerdo a él esta valoración se obtiene luego de una breve y superficial valoración de las circunstancias; se deja el conocimiento pleno y profundo para la sentencia principal.

En conclusión requiere un grado de credibilidad aparente para que proceda la ejecución de la medida cautelar, siempre que se hayan acreditado y cumplido ágilmente la concurrencia de los presupuestos legales. Por ejemplo el secuestro requiere una actuación rápida, ya que corre un riesgo inminente de que sus efectos resulten negativos, ya porque el poseedor de la cosa, o porque otro interesado cuyo derecho no sea mejor se adelante y le haga perder su beneficio. Por eso se requiere que sea tramitado inmediatamente, sin demora alguna.

Se debe de recordar que las medidas cautelares responden a salvaguardar derechos subjetivos en disputa pero primordialmente a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, por ello hay que decretarlas y ejecutarlas antes de que el titular de esos derechos tenga conocimiento, caso contrario haría inoperante la figura cautelar ya que el demandado tendría la oportunidad de eludirla la sentencia. ³³

2.2.20 JUDICIALES

En relación al órgano que debe disponerlas, se enmarcan dentro del órgano jurisdiccional³⁴, conforme a esto las medidas cautelares en materia civil únicamente pueden ser estimadas y adoptadas por la autoridad judicial competente. Este carácter resulta esencial desde todo punto de vista, ya que sólo son decretadas por el juez natural y legal y a través de las formalidades establecidas en la ley.

Al reconocer esta característica corresponde al juez establecer las condiciones en que el solicitante ha de proteger su derecho invocado como también él mismo puede levantar o modificar las medidas cautelares acordadas ³⁵. Hay autores que consideran que las medidas cautelares son de carácter jurisdiccional y no administrativo por ejemplo Garberi Llobregat, expone que las

medidas cautelares son jurisdiccionales porque necesitan de una resolución judicial, en forma de auto motivado, para desplegar su completa virtualidad.

Serra Domínguez afirma que la medida cautelar es jurisdiccional, en cuanto contiene elementos jurisdiccionales típicos, como son la declaración con fuerza de cosa juzgada y, sobre todo, por su carácter instrumental respecto de un ulterior pronunciamiento jurisdiccional. Jorge Fábrega es partidario de una postura que podría llamarse ecléctica, porque considera que la estructura de las medidas cautelares es compleja, porque está compuesta de elementos jurisdiccionales (cognición) y elementos de naturaleza administrativa-depósito del bien e inscripción-que a pesar de que algunos son ejecutados por el tribunal, no constituyen verdaderos actos jurisdiccionales, sino administrativos.

De lo anterior se considera que las medidas cautelares son netamente jurisdiccionales, toda vez que se originan y terminan dentro de una estructura procesal ante un ente jurisdiccional. Las Medidas Cautelares que se adoptan dentro de un proceso tienen necesariamente la característica de jurisdiccional. La fase de solicitud, cognición, oposición de ejecución, son actos totalmente procesales, a practicar siguiendo normas procedimentales, y siempre bajo la potestad del juez.

2.2.21 INAUDITA PARS

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida.

Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, esto es, preservar en forma urgente el derecho de la parte.

Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requieren, se puede correr un breve traslado a la contraria a los efectos de que el juez pueda tener un

mayor conocimiento de las implicancias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución.

2.2.22 FUNGIBLES

Como una consecuencia directa de su provisionalidad, las medidas cautelares pueden sustituirse entre sí, toda vez que no debe causarse perjuicios innecesarios a la parte afectada por la traba de una medida cautelar determinada.

2.3 ELEMENTOS DEFINIDORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es necesario que se aborde el estudio de aquellos elementos en que debe de constar una medida, para que quepa conceptualarla de cautelar. Se estima que las más importantes son los siguientes:

a) Efecto asegurativo de la medida

Como se sabe las medidas cautelares tienen un elemento básico admitido por toda la doctrina, consistente en asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante la tendencia de un proceso, previniendo así las repercusiones posiblemente perjudiciales, que el tiempo de la tramitación del juicio puede provocar en el derecho mismo.

De este efecto asegurativo o conservativo de la medida, se desprende el que, en principio, solo en muy raras excepciones puede conceptualarse como cautelar una medida tendente a innovar una situación de hecho o de derecho antes de que se pronuncie la sentencia sobre dicha situación o derecho. Así, pues se observa que, las medidas innovativas solo excepcionalmente deben considerarse como cautelares.

b) La medida cautelar esta preordenada a un proceso pendiente

Aunque la medida cautelar tenga un carácter estructural científica y legislativamente independiente, su finalidad es claramente instrumental y esta preordenada a la eficacia de una resolución, normalmente una sentencia de

condena, aun todavía no dictada. Las medidas cautelares van enderezadas principalmente a prevenir un peligro, y a evitar un daño injusto, que aparece probable o posible, precisamente por duración inexcusable del proceso.

El que la medida cautelar está en función de la ejecución eficaz futura, distingue de estas medidas de una serie de cautelas de tipo material o sustancial de naturaleza autónoma que no tienden a asegurar la ejecución de una sentencia futura, sino a realizar la conservación “hic et nunc”, es decir aquí y ahora, en si misma considera e independiente de un proceso. Se refiere a una serie de medidas que adopta el derecho privado, que cabe de darle el calificativo de conservativas pero que no son medidas cautelares procesales.

El ejercicio del derecho sustantivo no es posible a causa de un obstáculo por lo que se insiste en la medida titularidad del derecho, de modo que las medidas preventivas deberán encaminarse a la conservación del estado de hecho que ha de permitir la efectividad de aquel derecho, cuando desaparezca el obstáculo y la facultada jurídica adquiera toda su plenitud.

En estas hipótesis y en otras que pudieran señalarse se encontraría antes medidas provisorias sustantivas para el aseguramiento de una futura situación jurídica, pero no ante medidas cautelares en sentido procesal, porque no están en función de un proceso pendiente.

El ordenamiento procesal, debe crear sin duda medida de cautela encaminadas a evitar situaciones de peligro, pero el peligro en tal caso no proviene –al menos inmediatamente- de la estructura jurídica o fáctica del derecho sustantivo, sino de la existencia de un proceso de declaración, con una duración dada que se interpone entre la tutela del derecho en la sentencia y el derecho subjetivo en si mismo considerado hecho valer en la demanda.

El peligro se produce, pues, a causa no de un posible de un derecho contrario al actor, sino de la conducta del demandando durante el proceso, cuya licitud o ilicitud todavía no puede determinarse, y por tanto, queda prohibida o admitida con ciertas garantías.

El ideal sería que quien tiene un derecho pleno frente a un obligado pudiera ejercitarlo inmediatamente, sin tramite ni dilaciones, pero cuando el obligado

niega ese derecho, o aun cuando reconociéndolo, no lo hace con la extensión y límites señalados por el autor no cabe que el juez sin más proceda a actuar el derecho contra quien solo presuntamente cumplió con su deber.

Para examinar la existencia de un derecho, normalmente hace falta la dilación que supone un proceso declarativo. Las medidas cautelares surgen, como se ha dicho de la necesidad de simular un “hacer pronto” con un “hacer bien”.

Con ello se entiende evitar un peligro, pero ese peligro proviene de la existencia del proceso mismo, se trata de un “periculum in mora” a causa de las dilaciones necesarias que se experimentarían antes de que se dicte la declaración jurisdiccional. El peligro está, sin más, en la misma pendencia del proceso de declaración, y solo es medida cautelar en sentido procesal, la que se preordena a evitar ese peligro haciendo posible la ejecución.

Si se permitiera que mientras pende el proceso, y el autor obtiene el título ejecutivo correspondiente, el demandado con sus actos hiciere posible la ejecución de la sentencia que ha de tardar en dictarse, el mal menor que es el proceso, llevaría consigo en muchos casos la muerte del derecho subjetivo declarado y la indefensión de hecho más absoluta.

c) Homogeneidad y no identidad entre la Medida Cautelar y el derecho sustantivo cautelado

Otro elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso.

Si no se diera esta homogeneidad, la medida cautelar sería ineficaz, pues no aseguraría la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella. Ahora bien, si esta homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho.

En este caso la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una verdadera medida ejecutiva, se obtendría una ejecución adelantada, o sin título

suficiente para la misma. Las medidas cautelares como se ha dicho, tienden a hacer posible una ejecución, pero no adelantar esta o a confundirse ella.

De esta nota de las medidas cautelares se deriva que no sean aceptables como tales las llamadas constricciones o las astringencias, que son aplicadas en otros derechos distintos a el del El Salvador.

d) Carácter dispositivo de la medida cautelar.

La medida cautelar se incardina en el proceso, entre las disposiciones que se adoptan a instancia de partes. Tienen, pues, siguiendo una terminología clásica el carácter de “rogadas”.

La medida cautelar solo puede ordenarse, en principio, a instancia de demandante, lo cual tiene importancia desde el punto de vista de la responsabilidad de este. Si el juez pudiese, en la generalidad de los casos, adoptar de oficio medidas cautelares, su acuerdo innecesario, equivocado o injusto, sería de muy difícil reparación. Tal disposición se obvia proclamando con carácter general que para que se adopte una medida cautelar lo ha de pedir el autor y bajo su responsabilidad.

2.4 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

a) Al proceso en cual ellas se dictase pueden clasificar en: Medidas cautelares civiles y penales.

En el proceso civil, no caben las medidas cautelares personales sino que solamente las reales³⁶, dado que la sentencia siempre debe hacerse efectiva respecto del patrimonio de la persona del deudor, ejemplos claros de ello son el embargo preventivo de bienes, el secuestro, la intervención judicial, etc.

En cambio, en el proceso penal cabe concebir la existencia de medidas cautelares personales y reales. ³⁷

Sin embargo, la existencia de medidas cautelares reales es eventual, dado que pueden ser adoptadas sólo en la medida en que pueda hacerse valer la acción civil dentro del proceso penal. Las medidas cautelares personales

tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado, con el fin de asegurar el ejercicio de la pretensión punitiva, durante el curso del proceso penal hasta la ejecutoriedad de la sentencia penal.

En caso de haber medidas cautelares reales en el proceso penal, ellas deberán tener por objeto privar, limitar o disponer de los derechos patrimoniales durante el curso del proceso penal para asegurar la pretensión civil que puede hacerse valer en el proceso penal y en tal caso puede ser reconocida al momento de dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal.

38

b) A la finalidad y efectos que persiguen, y su relación con la Situación de hecho existente: se clasifican en medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas.

Las medidas cautelares conservativas de acuerdo a José Chiovendatienen el fin de preservar el estado existente de la cosa al momento en que es decretada la providencia, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la sentencia principal ejercer sus efectos. La concepción asegurativa o precautoria constituida por la administración y la intervención judicial, anotación preventiva, prohibición de innovar y contratar, son las que han constituido el catálogo tradicional de las medidas cautelares. ³⁹

Las medidas cautelares innovativas responde al objeto de ser una vía provisorio o anticipada con los efectos constitutivos e innovativos de la sentencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos. Por ejemplo el otorgamiento de alimentos provisorios, esto en materia de familia. ⁴⁰

Estas medidas innovativas tienen una variada denominación como satisfactivas o anticipativas. La elección del calificativo responde a la hora de designar la naturaleza de la medida por ejemplo: hablar de medida innovativa es referirse a una medida cuyos efectos alteran o innovan la situación de hecho existente a la fecha en que solicita la medida; por el contrario será

satisfactiva cuando realice el derecho o interés cuya tutela se pretende o se exige en el proceso principal; y será anticipativa cuando, adelante los efectos de la tutela que la sentencia principal reconocerá.

Las medidas autosatisfactivas configuran un medio de tutela rápida y extraordinaria que se admite en forma restrictiva ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz, estas medidas tienden a ser autónomas, porque se agotan en sí mismas, debido a que quien lo reclama, exige una respuesta inmediata en un “aquí y ahora”, quien lo peticiona vea satisfecho su derecho. ⁴¹

En cuanto a las medidas autosatisfactivas se observa que son soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y autónomas que persiguen la satisfacción inmediata de lo peticionado, se resuelven inaudita parte, procede sólo en casos en que exista un interés tutelable cierto manifiesto cuya protección inmediata resulta imprescindible. Son de beneficio en los conflictos familiares, lo que les deja en desventaja ante un rápido y claro acceso del justiciable a la protección deseada.⁴²

Sobre el carácter autónomo implica que no tiene fines asegurativos de un eventual pronunciamiento futuro favorable, sino que, es principal y se agota en sí misma porque persigue el dictado de una sentencia de fondo anticipada al trámite del proceso.

Debe haber un grado superior de convicción para que procedan en el órgano jurisdiccional requerido, lo que equivale a una alta o fuerte probabilidad de que el actor posee el derecho que invoca, vinculado estrictamente con los efectos de la resolución que dicte el juez, de contenido material, implica que el peticionario que requiere la acción autosatisfactiva debe llevar al juez elementos probatorios suficientes como para que éste concluya que el derecho por él invocado es inmediatamente aplicable, sin probabilidad de que el demandado pueda rebatir aquellos elementos probatorios que fundan la convicción.⁴³

2.5 PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.5.1 REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 44

La procedencia de las medidas cautelares se justifica, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Dicha procedencia queda subordinada en líneas generales y sin olvidar que esto no es cuestión que resuelva ex ante la doctrina ni mucho menos, sino el juez en cada caso concreto a la verificación de ciertos requisitos que son:

- a) la verosimilitud del derecho invocado (*fumusboni iuris*)
- b) el peligro en la demora (*periculum in mora*)

Así mismo la mayor parte de la doctrina considera como un tercer requisito la denominada "Contra-cautela" Conocido en el medio Salvadoreño como "Caución".

a) Verosimilitud del derecho (*fumusboni iuris*):

Este requisito es el primer dato a considerar. El término *fumusboni iuris* significa "humo de buen derecho". Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la tutela. Como se ha dicho precedentemente, la resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.

Al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, en consecuencia, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Así, CASSAGNE y PERRINO sostienen que “se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso”.⁴⁵

En tal entendimiento, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza.⁴⁶

Se dice entonces que la verosimilitud del Derecho debe entenderse como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso. El *fumus bonis iuris*, o apariencia de buen derecho, tampoco exige inequívocamente la descripción de los derechos amenazados que viene con la sentencia definitiva, sino más bien una prudente aproximación judicial, cuya tutela requiere, sin más, el dictado de la medida cautelar. La justicia se crea justamente para casos concretos, no para que aplique burocráticamente supuestos recaudos automáticos.

El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Si éste no se cumple, ya no es necesario analizar la existencia de peligro en la demora, porque por más que se demuestre la realidad del riesgo inmediato de perder el derecho que se intenta cautelar la medida cautelar, no puede ordenarse si previamente no se acredita que se ha vulnerado el derecho del peticionante.

A mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y, viceversa, cuanto mayor es el riesgo por

acaecer, decae la exigencia del fumus. Se trata de una balanza cuyos dos platillos no están en equilibrio, sino que se contrabalancean y así compensan, según los casos.

En tanto el dictado de toda cautelar importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera plausible de los elementos obrantes en la causa, resultando, por lo demás, el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya extensión han de ser dilucidadas con posterioridad. Peligro en la demora (*periculum in mora*):

El dictado de las medidas cautelares responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o que tendrían por efecto convertir el daño temido en efectivo.

El recaudo de peligro previsto para la procedencia de las medidas cautelares se encuentra intrínsecamente relacionado con la reparación tardía o inútil del perjuicio.

Ni hace falta decir que el grado mayor de inutilidad es la directa imposibilidad de reparación, por ejemplo cuando el actor no la obtenga en el curso de su vida útil, lo cual es el colmo del absurdo judicial, pero ocurre con más frecuencia de la que debiera.

Entonces se dice que es el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso, o como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables”.⁴⁷

Se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En este riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar y debe, consecuentemente, responder a una objetiva posibilidad de frustración, o estado de peligro de ese derecho invocado.

Al respecto, CHIOVENDA afirma que se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”⁴⁸. Ahora bien, el peligro debe probarse en forma adecuada. En tal entendimiento, el requirente deberá exponer las razones, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el juez le conceda el anticipo jurisdiccional.

Como se ha dicho ya, la sustanciación de los procesos judiciales demandan un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. A ello se le debe sumar la lentitud cada vez mayor de la administración de justicia que, aún aunando sus mejores esfuerzos, no puede solucionar el problema que suscita el abarrotamiento de expedientes en sus tribunales.

También, parte de la doctrina ve en este requisito, dos requisitos intrínsecos, necesarios para que el peligro en la demora se constituya, tales requisitos son: La irreparabilidad del daño y la inminencia del daño. Es importante recalcar que no se trata de dos nuevos requisitos, sino que la irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. El verdadero peligro que se pretende resguardar está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable.

Como señala GALLEGOS FEDRIANI “no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas”.⁴⁹

Respecto al concepto de irreparabilidad, debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse, en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero.

En tal sentido, será suficiente que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación in natura sea imposible o en los hechos muy dificultosa. ⁵⁰

De esta forma, se configura el peligro en la demora —que justifica la anticipación de la tutela judicial— cuando existe una relación directa con el objeto principal de la demanda, siendo importante recordar que en muchas decisiones resulta necesario conceder la medida cautelar, pues si el órgano jurisdiccional no actúa —aunque sea de modo provisorio—, es poco probable que posteriormente pueda hacerlo con eficacia, ya que muchas veces la demora está representada por el lapso que, necesariamente, consumirá la tramitación de un pleito y el tránsito de la sentencia a cosa juzgada.

De tal modo que el peligro en la demora, se vincula con el daño, el cual deberá invocarse y acreditarse en modo particularizado, aun cuando no sea necesaria una prueba concluyente al respecto. A los fines de evaluar la procedencia de la medida cautelar, correspondiente relacionar los presupuestos de verisimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Para finalizar se dice que las medidas cautelares “tienen un carácter no sólo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos”; así, las medidas cautelares “se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia... y de la prevención de daños irreparables a las personas”.

2.5.2 APORTACIONES DE PIERO CALAMANDREI CON RESPECTO AL PERICULUM IN MORA

Sobre este concepto del periculum in mora es oportuno detenerse con alguna insistencia, porque en él está acaso la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto. ⁵¹

En primer término, no se debe identificar el periculum in mora, que es condición típica y distinta de las providencias cautelares, con el peligro

genérico del daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional puede asumir el carácter preventivo.

Es preciso no establecer confusión entre la tutela preventiva y tutela cautelar, conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie.

En ciertos casos, también en el sistema procesal salvadoreño admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe amenaza todavía realizada, es decir, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico.

En estos casos de tutela preventiva, no estamos, sin embargo todavía en el campo de la tutela cautelar, en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho).

Para aproximarse a una noción clara del *periculum in mora* es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada por ello tenga la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en un daño efectivo, o sea gravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.

La expresión providencia de urgencia para indicar precisamente aquellos casos en que la providencia jurisdiccional, si se quiere que alcance prácticamente su objeto, debe ser dictada sin retardo.

2.5.3 PRESTACIÓN DE UNA CONTRACAUTELA (CAUCIÓN):

La contracautela es una caución exigida al peticionario de una medida cautelar para asegurar el pago de las costas y los daños y perjuicios que pudieran resultar si la medida fuera solicitada sin derecho o con abuso del derecho.

Esta caución funciona como "cautela de la cautela", como bien lo explica Calamandrei (aunque el término "contracautela" se debe a la original enseñanza de Chiovenda).

Esta caución halla su fundamento en el Derecho Romano, al cual se debe la creación de una amplia gama de caución es garantías que eran requeridas en ciertos casos por el pretor o el juez para asegurar la responsabilidad en caso de un daño futuro, fuera de un proceso o dentro de él.

Doctrinariamente se maneja que el peticionante de una medida cautelar debe prestar una garantía a los efectos de resguardar los daños que pueda ocasionar el otorgamiento ilegítimo de tal medida. Esta condición no es aplicable al peticionante que obtuvo un beneficio de litigar sin gastos, ni tampoco en el supuesto de que sea la Nación, una provincia o un municipio quien solicitare la protección cautelar. (Esto no aplica en nuestra legislación)

Entonces se dice que la necesidad de adoptar un cuadro realista y flexible de medidas cautelares por la mayoría de los juristas exigido, encuentra su máxima garantía para el demandado con el contrapunto del instituto de la contracautela.

En principio no habría inconveniente en la medida cautelar solicitada por el autor, siempre que esta se encuentre, claro está, dentro del ordenamiento jurídico, si simultáneamente a la petición de la medida, presta fianza suficiente que salga garante de la inadecuada petición del actor. Así, pues, parece muy necesaria actualmente la posibilidad de la adopción siempre y en todo caso de medidas cautelares con la correspondiente contracautela.

Para explicar el concepto, refiere Calamandrei: "...Mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes." 52

La determinación del tipo y monto de la contracautela queda librada al arbitrio judicial, aunque se ha sentado el principio de que la contracautela se halla en una relación inversamente proporcional a la verosimilitud del derecho: de tal manera que a mayor verosimilitud, menor habrá de ser la contracautela.

2.5.4 PIERO CALAMANDREI Y LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

Un gran aporte al derecho procesal, en general, hizo el insigne procesalista italiano Piero Calamandrei en su célebre obra "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", ya que considera que la más adecuada denominación es la de "providencia cautelar", porque "se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales [...]". 53

Según el célebre Calamandrei "un carácter distintivo de las providencias cautelares es su provisoriedad, o sea la limitación de la duración de los efectos propios de estas providencias, las mismas que difieren de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos. 54

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien o mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelve más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso.

Así mismo este celebre procesalista entiende la procedencia de las medidas cautelares así:

En primer lugar, en el derecho procesal se distinguen dos clases de providencias judiciales: la providencia de fondo o la providencia definitiva (sentencia) del proceso, y las demás providencias que el juez adopta en el trámite del proceso; y entre estas se destaca "la providencia cautelar" que tiene el carácter de la provisoriedad o temporalidad, es decir, de la limitación de la duración de sus efectos en el tiempo.

En segundo lugar, la procedibilidad de la providencia cautelar requiere la presencia de un interés jurídico, que surge ante la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo en la producción de la providencia definitiva, es lo que se denomina *periculum in mora*, es decir, el riesgo o peligro que se corre mientras se dicta la providencia definitiva, y tal riesgo no será otro que la consumación del daño jurídico.

En tercer lugar, ante la eminencia del peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de urgente, es decir, que el juez debe dictarla sin retardo,

En cuarto lugar, entre el daño temido y el daño efectivo existirá la amenaza de que este se consume definitivamente transformándose un daño irreparable al derecho.

En quinto lugar, ante la amenaza del derecho, la producción de la sentencia (providencia definitiva), que protegería dicho derecho, ofrece el riesgo de convertirse en una decisión judicial ineficaz, por la demora en producirse.

En sexto lugar, la demora en la adopción de la providencia definitiva alimenta el riesgo de la consumación del daño irreparable.

En séptimo lugar, la demora y, consecuentemente, el riesgo de realizarse el daño irreparable, justifica el interés jurídico de la víctima en obtener la providencia para cautelar el derecho, mientras se produce la providencia definitiva que finalmente lo garantice y por lo que pronto se protege su existencia.

Estos aportes doctrinales son aplicables a las distintas formas que adquieren las medidas cautelares que también son conocidas como las medidas provisionales, medidas urgentes y medidas precautorias.

También sugiere CALAMANDREI que para la procedencia de estas medidas se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: que el caso sea grave, que sea urgente, y que se busque evitar el daño irreparable.

Sigue la ponencia de la célebre obra con la siguiente interrogante:

¿Cuál es el interés específico que justifica el decreto de cualquiera de las modalidades de las medidas cautelares? el procesalista italiano, expresa lo siguiente: “Este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva,

Pero, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que exista "prevención y urgencia y añadido a estos un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del periculum in mora, esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso [...] la providencia definitiva, se debe proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera [...]

Así pues, la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre estos dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso [...] para crear sin retardo una providencia definitiva.

Es este uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto colisiona con la necesidad de hacerla bien, a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado

desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve, de espera, pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde.

2.6 MEDIDAS CAUTELARES EN EL SALVADOR

El Código de Procedimientos Civiles de El Salvador⁵⁵, a pesar de su carácter conservador, contempló las garantías de lo que hoy se denomina debido proceso y a su vez garantizaba efectiva acción y defensa a las partes; este código sufrió cambios por medio de las reformas, las cuales en algunos casos fue para adaptarlo a la Constitución de la República por lo cual fue necesario modernizar el Derecho Procesal salvadoreño y así adaptarlo a las exigencias de una nueva etapa del derecho en Latinoamérica.

El proceso que reguló la actividad jurisdiccional del país fue disgregado, mediato y escrito, lo que no coincide con las tendencias actuales de concentración inmediación y oralidad; a su vez se tramitaba en forma escrita y formalista, contemplaba un sistema probatorio cerrado, de tipo tarifario; se caracterizó por su lentitud, burocratismo, facilitación de actos maliciosos de las partes e inaccesibilidad para los sectores menos favorecidos económicamente; y falta de regulación de importantes instituciones.

El antecedente en materia procesal penal, de menores y familia, sobre la economía procesal y la obtención de la verdad real, mediante el funcionamiento del proceso por audiencias respalda la normativa procesal civil-mercantil. ⁵⁶

El Código de Procedimientos Civiles de El Salvador se desprendía de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, con el transcurso de los años ya no satisfacía los derechos de una pronta y cumplida justicia que señala el artículo 182 de la Constitución de la República en su ordinal 5to.

Es así que el Código de Procedimientos Civiles sufrió reformas parciales a lo largo de su centenaria existencia, los cuales a la larga no lograron acelerar

sensiblemente los procedimientos y generar un cambio de actitud de los operadores de justicia.

Por lo que las condiciones mismas de evolución demandaron una completa transformación procesal, coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, en virtud de que el código de procedimientos nació en un contexto social y jurídico muy diferente al del siglo XXI, por ende, se muestra inadecuado para una satisfactoria solución a los conflictos propios de una sociedad moderna y globalizada con los avances en todo tipo de materias y ciencias del conocimiento.

Dentro del derecho salvadoreño, en el área privada hay figuras cautelares, como lo son el embargo, la anotación preventiva de la demanda, por decir algunas. En el proceso ejecutivo es donde se pone de manifiesto el tema cautelar, dejando claro que su fin es proteger derechos patrimoniales.

En la historia del derecho salvadoreño se muestra la legislación procesal que se enmarca aproximadamente 1843, por medio del decreto de las Cámaras Legislativas que estuvo bajo el cargo del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, quien redactó el primer proyecto de Código de Procedimientos Civiles.⁵⁷

El Decreto de las Cámaras Legislativas ⁵⁸, es el punto de partida para la evolución de la legislación a través de una serie de reformas, de las cuales las más relevante datan de los años 1879 a 1882, en la cual se ubicó en un mismo cuerpo legal las normas procesales penales junto a las procesales civiles, por lo cual las medidas cautelares llegaron hasta cierto punto ser uniformes.

Pero las Medidas Cautelares también han estado contempladas en el Código Civil, y ejemplo de esto es que en el Código con reformas que datan de 1904, se encuentra lo que es el Secuestro, específicamente en el Artículo 2024 el cual dice: —El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.⁵⁹

En los artículos siguientes se pone de manifiesto que el secuestro aplicaba tanto para cosas muebles como bienes raíces; esta medida operaba tanto de manera convencional como judicial, esta última es por medio del decreto de juez. Había ciertas características como la intervención del Gobernador o Alcalde, en caso de que el inmueble fuese tomado sin la autorización debida de su titular declarado o decreto del juez.

El Código de Procedimientos Civiles con las reformas de 1916, en el artículo 612 trata sobre el Embargo, para el cual lo define como: —el secuestro judicial de bienes que no podrá hacerse sin mandamiento de juez competente, cometido a un oficial público de juez ejecutor, y en su defecto a un juez de paz especialmente autorizado por el juez de la causa, en este caso sin necesidad de información ni de caución”.⁶⁰

En estas disposiciones se contempla las obligaciones que debe seguir el juez ejecutor de embargo, como el cerciorarse que los bienes a embargar son del deudor.

Entregar los bienes embargados a un depositario, que no podrá ser ni el acreedor ni el deudor. Este embargo operaba sobre todo tipo de bienes como las pensiones o salarios, con la salvedad que podía operar hasta un veinte por ciento. En caso de que un bien sea arrendado y llegase a embargar, estos quedaban en manos del arrendatario, el cual tenía la obligación de entregar las rentas producto del arrendamiento al depositario que se hubiese nombrado.

Tanto el Código Civil (23 de Agosto de 1859 por decreto del Poder Ejecutivo); como el Código de Procedimientos Civiles (31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882) han sufrido reformas, producto de ello es que el catálogo de medidas cautelares han aumentado como el secuestro de bienes, la anotación preventiva, anotación preventiva de la demanda, embargo de bienes, depósito judicial o secuestro judicial, formación de inventario de bienes.

El secuestro de bienes muebles, no se necesita la presencia de la parte contraria en audiencia; se contempla en los artículos 143 a 147 de Código de procedimientos civiles. Operando en los casos de posible deterioro en poder

del poseedor, cuando el futuro demandado sea un extranjero no domiciliado en el país, contra el tercero adquirente de buena fe, de un bien sobre el cual se ejerce la acción reivindicatoria.

La anotación preventiva, es la medida cautelar previa al proceso civil, afectando el bien inmueble, contemplado en el artículo 151 del Código de Procedimientos Civiles.

En cuanto a la anotación preventiva de la demanda el Código Civil lo regula en el artículo 719, procediendo sobre bienes inmuebles, en el cual se dispute la propiedad, la constitución de cualquier derecho real, por decir algunos.

El efecto principal de esta medida cautelar es anular enajenaciones posteriores realizadas sobre el bien inmueble después de la adopción de la medida⁶¹. Sobre el embargo de bienes el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 612, opera al existir un crédito en el cual su pago se ha reclamado judicialmente. El depósito judicial o secuestro judicial, que hoy se regula en los artículos 2006 al 2014., la formación de inventario, busca tener un panorama de manera general de los bienes, reconociendo el artículo 903, Código de Procedimientos Civiles.

El Código de Comercio ⁶² como la Ley de Procedimientos Mercantiles⁶³, son otros cuerpos legales que ha contemplado el tema cautelar, por ejemplo este último en su artículo 21 numeral 2do se maneja la medida cautelar de la orden provisional de cese de actos de competencia desleal, el cual a su vez el artículo 493 inciso segundo del Código de Comercio determina que se ha de brindar fianza suficiente cuando ella se solicite, con el fin de indemnizar por los perjuicios causado en caso de no haber demostrado la competencia desleal.

Otros cuerpos normativos como: Ley de Propiedad Intelectual⁶⁴, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos ⁶⁵, encontrándose en ellas por ejemplo la medida cautelar de: Orden judicial para cesar provisionalmente de una actividad, o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación.

Como se ha hecho mención el derecho evoluciona conforme a la misma sociedad y tal es el caso que el Código de Procedimientos Civiles ya no se adapta a las exigencias actuales por lo cual nace el Código Procesal Civil y Mercantil⁶⁶, por decreto de la Asamblea Legislativa de El Salvador, poniendo fin a más de cien años de vigencia del Código de Procedimientos Civiles.

Esta evolución tiene su punto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica ⁶⁷, el cual tiene sus inicios en 1970, el cual fue la base para la aprobación en 1981 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina; hasta las nuevas Reglas de Procedimiento Civil del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en septiembre de 2009. Un mayor aporte se encuentra en el Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000; a ellos hay que sumar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema en relación con la normativa procesal, y la Ley Procesal de Familia de octubre de 1994, primer paso hacia un moderno proceso salvadoreño.⁶⁸

Este Código Procesal Civil y Mercantil cuyo funcionamiento está dado desde el 1 de julio de 2010 por Decreto Legislativo 702, de 18/09/2008, contempla en el Libro Segundo, bajo el Título Cuarto, Las Medidas Cautelares, en sus artículos 431 y siguientes, los cuales tiene el objetivo que la sentencia que se dicte en el proceso pueda ser cumplida efectivamente.

Ahí se incluyen algunas medidas cautelares ya conocidas, como el embargo, la anotación preventiva, el secuestro de bienes, etc., pero a su vez incluye nuevas como la orden de cesar provisionalmente una actividad o de abstenerse de una conducta o la suspensión de acuerdos sociales impugnados. A su vez ofrece la no taxatividad del catálogo de medidas cautelares, por lo que abre la posibilidad de solicitar cualquier medida no señalada en la ley siempre que se estime necesaria y conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia.

En definitiva el proceso regulado en el código procesal civil y mercantil pretende lograr una efectiva justicia para las partes, de una manera rápida y racional, ya que posibilita una correcta aplicación de su normativa por parte de

los jueces, pero esta efectiva justicia no solo se logra con las medidas cautelares, sino que con la introducción del procedimiento oral lo que otorga celeridad en la tramitación de procesos, la inmediación de la prueba por el juzgador y los alegatos por las partes ante el juez permite una mejor aplicación del derecho que con el sistema escrito mediatizado y formal.

La publicidad de las audiencias es otro factor que permite la concentración de los actos procesales, así como un amplio examen del ejercicio de las facultades juzgadoras de los jueces. El sistema de libre valoración de la prueba, basado en las reglas de la sana crítica deja de lado el sistema de prueba tasada, lo cual se complementa y aporta a esta nueva forma de aplicar la justicia procesal en El Salvador.⁶⁹

Esta reseña histórica en la cual se justifica el porqué de las medidas cautelares dentro del derecho procesal -clásico y moderno- interesa debido a que se pueda encontrar un sentido a la incorporación en un determinado ordenamiento jurídico, del denominado proceso cautelar.

2.7 MARCO JURÍDICO

2.7.1 PIRAMIDE DE KELSEN⁷⁰

Hans Kelsen (1881-1973), Jurista austriaco nacionalizado estadounidense, obtuvo una cátedra de derecho en Viena y colaboraba en la redacción de la Constitución austriaca que sería adoptada en 1920, posteriormente, continuó con su actividad docente en diversas universidades de Europa y en Estados Unidos.

Kelsen aplicó las doctrinas de la filosofía clásica a la jurisprudencia de forma más rigurosa que ningún filósofo de derecho. Su proyecto puede resumirse en el título de una de sus principales obras, Teoría pura del derecho, (1935). Como seguidor del pensamiento de Immanuel Kant, trata de construir una teoría del derecho completamente autónoma, es decir, que no precisara de herramientas intelectuales propias de otras disciplinas, tales como la sociología.

La filosofía de Kelsen se basa en la concepción de cada ley como una norma, esto es, como un, deber ser, cada ley puede derivarse de otra que otorga validez, aquella, hasta llegar al principio de validez final, siendo la Grundnorm, es decir, la norma hipotética fundamental, la cual no es la Constitución actual, es la primera Constitución de un país, que teóricamente, es la norma que usa Kelsen para justificar la validez del resto de las normas jurídicas.

Una ley aplicada por un tribunal es válida en virtud de la legislación que guía la actuación de ese tribunal y le concede el poder de hacer la ley. El poder recibido por una asamblea legislativa emana generalmente de una constitución, cuya fuerza normativa procede de la Grundnorm, De este modo, el ordenamiento jurídico se estructura de forma jerárquica: la norma inferior extrae validez de la superior.

El problema implícito en el pensamiento de Kelsen consiste en la falta de justificación de la Grundnorm y de su propio criterio de validez, por lo que esta cuestión le llevo admitir en sus últimos trabajos que la norma fundamental podría considerarse como una ficción. Pese a estos inconvenientes, la obra de este autor tiene inmenso valor de haber otorgado al discurso jurídico un enfoque razonado que constantemente ha sido demandado desde la filosofía.

2.7.2 ORDEN JURIDICO

De lo antes expuesto surge la duda: ¿Por qué existe un orden jurídico? Cuya respuesta versa debido a que cada una de esas normas es diferente y va de la mayor a menor, por la cual las inferiores toman su fundamento de las inmediatamente superiores, lo que a esta jerarquización o escalonamiento es lo que Kelsen denomina pirámide Jurídica.

Es decir, que se le llama orden jurídico al conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento la vida y las instituciones de todas clases dentro de una nación determinada.

Esas normas están formadas no solo por la constitución y por las leyes, sino también por los tratados internacionales, las leyes especiales, los

decretos, los reglamentos, ordenanzas municipales, por las disposiciones de las autoridades administrativas, por las sentencias judiciales, y hasta por los contratos en cuanto regulan las relaciones entre las partes contrarias.

Lo más importante a destacar, es que cada una de esas normas es diferente y va de mayor a menor, por la cual las inferiores toman su fundamento o están subordinadas a la de más jerarquía,

Los elementos que conforman la pirámide de Kelsen en nuestro Sistema Jurídico Salvadoreño son los siguientes:

1. La Constitución de la República
2. Tratados Internacionales
3. Leyes secundarias y leyes especiales
4. Decretos
5. Reglamentos
6. Ordenanzas Municipales

2.7.3 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.

Es la Ley fundamental del Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e institucionales de la organización política, por lo que de ella se desglosa todo el ordenamiento jurídico.

El termino constitución, en sentido jurídico, hace referencia al conjunto de normas jurídicas, escritas y no escritas que determinan el ordenamiento jurídico de un estado, especialmente, la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social, los derechos de los ciudadanos.

Por ello es adecuado tomarlo como punto de arranque, siguiendo la doble división de la carta magna la cual comprende:

- Parte dogmática
- Parte orgánica

La parte dogmáticas, es en la que explican los derechos individuales y sociales de sus ciudadanos, (Art. 1-120 Cn)

La parte orgánica, es en la que exponen la organización y funciones del gobierno, (Art.121-274 Cn) la constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado (modernamente legislativo, ejecutivo y judicial) y el de los ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y organización de las instituciones en que tales poderes se asientan, también garantiza al pueblo derechos y libertades (Art.14Cn)

2.7.4 TRATADOS INTERNACIONALES (Art.144 -149 Cn)

Los tratados internacionales consiste en un acuerdo escrito entre ciertos sujetos de derecho internacional y que se encuentran regidos por este pero como acuerdo implica siempre que sean como mínimo dos personas jurídicas internacionales quienes concluyen un tratado internacional pero los más comunes suelen ser los acuerdos entre estados a un que ofendan realizar Organización internacional. Los tratados internacionales pueden ser comerciales, políticos, cultural, humanitarios, sobre derechos humanos etc.

Las persona que intervienen en el proceso de tratados internacionales Tiene capacidad para celebrar tratados internacionales los representantes de los estados con plenos poderes pero hay determinados cargos estatales que tiene la potestad y en virtud de sus funciones estos personajes pueden ser

Jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de Asuntos Exteriores, Embajadores.

Los Tipos de tratados internacionales se clasifican en:

- Bilaterales (intervienen dos países)

Ej. El tratado de demarcación entre El salvador y Honduras.

- Multilaterales (intervienen más de dos países)

Ej. El tratado de libre comercio (TLC)

De lo antes dicho Todo tratado internacional está bajo la supervisión o regulado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986, y la constitución de las partes involucrados en el tratado.

Es necesario recalcar que la constitución está arriba jerárquicamente de los tratados internacionales, siempre y cuando contradiga o afecte lo que en ella este escrito.

En el tema que nos ocupa encontramos como un claro ejemplo el Tratado de las Medidas Cautelares, en su segunda Edición Actualizada por el Dr. Víctor A. Guerrero Leconte en este encuentra IV. Tratado de las medidas cautelares, tratado de las ejecuciones (2 tomos), Conceptos y caracteres de las medidas cautelares, Figuras a fines, Clasificación de las medidas cautelares. La medida cautelar genérica, Presupuestos de las medidas cautelares, El procedimiento de las medidas cautelares, sus efectos, El custodio judicial, Daños y perjuicios originados por las medidas cautelares, Sustitución y modificación de las medidas cautelares y de la contracautela, La cautela preconstituida.

2.7.5 LEYES SECUNDARIAS Y LEYES ESPECIALES

Son las que dan nacimiento a deberes jurídicos y derechos subjetivos únicamente en conexión con esas normas primarias que enlazan una sanción al incumplimiento de la norma jurídica, en la legislación salvadoreña en el tema en comento se encuentra el Código Procesal Civil y Mercantil.

2.8 ANALISIS JURIDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO.

El Título Cuarto, referido a las medidas cautelares, se organiza en dos capítulos, el primero dedicado a la procedencia y clases de medidas cautelares, y el segundo a la adopción de las medidas y el procedimiento cautelar.

El primer capítulo contiene normas generales en materia cautelar, que definen el sistema cautelar y los principios que lo caracterizan, indicando luego el catálogo de las medidas cautelares previstas.

El segundo capítulo regula el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, con referencias a la solicitud cautelar, los requisitos que debe contener, la decisión o providencia cautelar y su ejecución.

La regulación del proceso cautelar se desarrolla a partir del principio de "universalidad de aplicación" (art. 431), que permite adoptar medidas cautelares en cualquier proceso y en cualquier etapa del mismo, cuando resulte necesario para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

2.8.1 LA POTESTAD CAUTELAR GENÉRICA

La mayoría de los sistemas procesales contemporáneos prevén el instrumento cautelar, aunque con diverso grado de amplitud. En general, la línea evolutiva marca en este punto el pasaje de una regulación aislada y limitada a ciertas medidas cautelares (por lo general el embargo y secuestro), a un auténtico sistema normativo en materia cautelar apoyado en la consagración expresa de la potestad cautelar genérica.

De esa forma, la tendencia procesal marca el reconocimiento legal de la potestad cautelar genérica de los jueces, que están facultados para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en toda clase de procesos y en cualquier momento u oportunidad. En esa línea también se conduce el C.P.C.M., que consagra expresamente la potestad cautelar genérica en los arts. 431 y 437.

Este Código Procesal Civil y Mercantil cuyo funcionamiento está dado desde el 1 de julio de 2010 por Decreto Legislativo 702, de 18/09/2008, contempla en el Libro Segundo, bajo El Título Cuarto, referido a las medidas cautelares y se organiza en dos capítulos, el primero dedicado a la procedencia y clases de medidas cautelares, y el segundo a la adopción de las medidas y el procedimiento cautelar.

El primer capítulo contiene normas generales en materia cautelar, que definen el sistema cautelar y los principios que lo caracterizan, indicando luego el catálogo de las medidas cautelares previstas.

El segundo capítulo regula el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, con referencias a la solicitud cautelar, los requisitos que debe contener, la decisión o providencia cautelar y su ejecución.

2.9 ARTICULADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

2.9.1 UNIVERSALIDAD DE LA APLICACIÓN.

Art. 431.- En cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria.

La regulación del proceso cautelar se desarrolla a partir del principio de "universalidad de aplicación", que permite adoptar medidas cautelares en cualquier proceso y en cualquier etapa del mismo, cuando resulte necesario para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Este principio conlleva a dos premisas principales que son: a) que las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier proceso (incluido el arbitral), incluso como diligencia preliminar y b) que puede adoptarse cualquier medida que sea idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional reclamada por vía principal. Esto último significa que las medidas cautelares no se limitan a las previstas expresamente en la ley, lo que aporta una adecuada flexibilidad al sistema posibilitando su adaptación a las exigencias del caso concreto.

2.9. 2 INSTANCIA DE PARTE.

Art. 432.- Las medidas cautelares sólo se decretarán a petición de parte, bajo la responsabilidad del que las solicita.

El juez no podrá ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las solicitadas; no obstante, en función de las circunstancias, podrá acordar aquellas que, siendo tan adecuadas como las pedidas, resulten menos onerosas para el demandado.

Otro principio básico en los que se asienta el sistema cautelar Salvadoreño es el principio dispositivo conforme al cual las medidas cautelares sólo pueden adoptarse exclusivamente a instancia de parte.

Se excluye de esa forma la posibilidad de que el juez decreta de oficio, sin previa solicitud de parte, una medida cautelar; solución razonable en virtud del interés esencialmente privado que caracteriza el objeto de los procesos civiles y mercantiles.

La vigencia del principio dispositivo en el ámbito cautelar se completa con la referencia al alcance de la medida dispuesta por el juez, que no podrá ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las solicitadas (congruencia), aunque podrá acordar aquellas que siendo tan adecuadas como las pedidas resulten menos onerosas para el demandado ; de modo que en ningún caso podría adoptar el juez una medida cautelar más onerosa para el demandado que la solicitada por el actor, aun cuando resulte más ajustada a las circunstancias del caso.

También contempla este artículo el Principio de Responsabilidad, La responsabilidad es independiente de la actitud (diligente o no) del peticionario al solicitar la medida, lo que permite afirmar la vigencia de un régimen objetivo de responsabilidad, que contribuye al equilibrio entre las exigencias de certeza y celeridad que se encuentran en la base del instrumento cautelar, determinando que sea la parte que se beneficia con la medida (y no el que la padece) quien en definitiva deba soportar el riesgo de injusticia que conlleva el instrumento cautelar.

Dicho principio se complementa con lo dispuesto en los artículos 434, 446 y 456 del Código. En dichos artículos, se consagra la responsabilidad del peticionario en caso de alzamiento de la medida cautelar por vía principal (sentencia absolutoria firme, renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia, art. 456), y de caducidad de la medida cautelar adoptada como diligencia preliminar cuando la demanda no se hubiera presentado dentro del mes siguiente a su adopción (art. 434).

Si bien no se regula expresamente la responsabilidad del peticionario en caso de alzamiento de la medida cautelar en segunda instancia, con motivo de la apelación de la providencia cautelar, cabe concluir que en ese caso el peticionario de la medida deberá responder por los daños y perjuicios causados, de acuerdo a lo previsto en el artículo objeto de análisis, con carácter general; pues las medidas se adoptan siempre, "bajo la responsabilidad del que las solicita".

2.9.3 PRESUPUESTOS

Art. 433.- Las medidas cautelares sólo podrán adoptarse cuando el solicitante justifique debidamente que son indispensables para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso; y esto en el sentido de que, sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución.

El solicitante deberá acreditar, en forma adecuada, la buena apariencia de su derecho, y para ello deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia.

La acreditación de la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora deberán justificarse en la solicitud, en la forma que sea más pertinente y adecuada.

Además del principio dispositivo, que erige a la solicitud de parte en presupuesto de la providencia cautelar, el Código Procesal Civil y Mercantil recoge los conceptos tradicionales que exigen la invocación y prueba de la probabilidad o apariencia del derecho y del peligro de lesión o frustración de ese derecho.

Con relación a los dos presupuestos básicos ya enunciados, el Código no presenta particularidades de relevancia, ajustándose a los lineamientos

tradicionales que requieren la acreditación sumaria de estos presupuestos, estos lineamientos se conocen como *periculum in mora* y *de fumus bonis iuris*.

Respecto del primero, el peticionante deberá alegar y acreditar sumariamente que la medida requerida es indispensable para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso, "en el sentido de que, sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución".

Respecto del segundo presupuesto, para acreditar la buena apariencia del derecho el peticionante "deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia".

2.9.4 MOMENTO PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 434.- Las medidas cautelares se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, y también como diligencia preliminar a la interposición de la demanda. En este caso, dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales vigentes; y en este caso el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

Respecto a cuál es el momento idóneo para solicitar las medidas cautelares, El código indica que no hay momento determinado para solicitarlas, Pues estas pueden ser solicitadas en cualquier momento del proceso; claro está, antes de la sentencia definitiva, y también puede solicitarse como diligencia preliminar antes de dar inicio al proceso; es decir, antes de la interposición de la demanda.

Respecto al último caso en mención, cabe mencionar, que el mismo artículo en estudio contempla un lapso de tiempo determinado de vida de la medida cautelar pedida, este tiempo es un mes, esto quiere decir que si no se interpone la demanda en el lapso de un mes a partir de la fecha en que ase adopto la medida cautelar, ésta caduca de pleno derecho.

Tal situación además de caducar la medida cautelar adoptada, impone una carga al solicitante de pagar todos los gastos del proceso y también los daños y perjuicios causados.

2.9.5 MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS ARBITRALES Y EXTRANJEROS.

Art. 435.- El que acredite ser parte en un proceso arbitral iniciado en El Salvador podrá solicitar del juez la adopción de las medidas cautelares pertinentes.

Al tratarse de procesos jurisdiccionales o arbitrales pendientes en otro Estado, el que acredite ser parte en ellos podrá solicitar del juez salvadoreño la adopción de medidas cautelares respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en El Salvador, de conformidad con los tratados aplicables.

Como ya se ha dicho, las medidas cautelares son de “universal aplicación” de tal modo que no se limita a un territorio o a un proceso determinado, es por esto que quien acredite ser parte en un proceso arbitral podrá solicitar ante el juez la adopción de las medidas cautelares, solución que se extiende a los procesos arbitrales o jurisdiccionales tramitados en el extranjero.

2.9.6 CATALOGO DE MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 436.- Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- 1ª. El embargo preventivo de bienes;**
- 2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos;**
- 3ª. El secuestro de cosa mueble;**
- 4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;**

5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales;

6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación;

7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;

8ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

Es habitual que las leyes procesales modernas, además de contener una regulación general de las medidas cautelares y de consagrar expresamente la potestad cautelar genérica, regulen una serie de medidas cautelares específicas, en particular en aquellos aspectos en que se aparten del régimen general o contengan alguna particularidad adicional en cuanto a sus presupuestos, el procedimiento para su adopción o sus efectos.

2.9.7 OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 437.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrá solicitarse la adopción de otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos

Respecto al citado Artículo, se puede decir que se está ante una “extensión de aplicación” que tiene vital relación con lo ya mencionado como “universalidad de la aplicación de las medidas cautelares”.

Para entender el contenido de este artículo hay que mencionar que si bien es cierto el Código Procesal Civil y Mercantil en su Art. 436 pone a disposición un catálogo de medidas cautelares, estas no son las únicas que en el Proceso civil y mercantil pueden adoptarse, puesto que debido a la trascendencia que tiene salvaguardar un eventual derecho que se encuentra en peligro, el legislador decidió abrirle la opción al juez para adoptar medidas distintas no contempladas en el cuerpo legal, siempre y cuando se estimen necesarias para la salvaguarda del Derecho en peligro.

Además de abrirle al juez la posibilidad ya mencionada, también le permite adoptar en el Proceso Civil y Mercantil, otras medidas que estén expresamente previstas en por otras leyes o tratados las cuales deberán tener también como fin la salvaguarda de algún derecho.

Esta misma disposición es aplicada no solo a los procesos civiles y mercantiles sino también y en relación con el artículo 435 a los procesos de arbitraje y extranjeros.

2.9.8 PROCEDENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO.

Art. 438.- Podrá solicitar embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero, o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero por aplicación de precios ciertos.

Son supuestos en los que cabe solicitar el embargo preventivo:

- 1°. Que el deudor no tenga domicilio en la República.**
- 2°. Que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, o por contrato bilateral de existencia justificada cuando el acreedor hubiera cumplido con su parte, o bien ofreciese el cumplimiento o la obligación fuera a plazo.**
- 3°. Que se acredite la intención del deudor de enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía, aunque la deuda esté sujeta a plazo o condición; o que se justifique la disminución apreciable de la solvencia del deudor después de contraída la obligación, por cualquier causa.**

4°. Que se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos y el demandado no contare con seguro de responsabilidad; o que, en caso de contar con dicho seguro, la compañía aseguradora esté en proceso de liquidación en el momento de iniciarse el proceso o en forma sobrevenida.

Fuera de los casos del inciso anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

Acá se encuentra la primera medida cautelar del catálogo preestablecido que el Código Procesal Civil y Mercantil ha dejado, el embargo preventivo consiste desde el punto de vista conceptual, en la medida cautelar decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes".

La norma citada enumera casos en los que cabe solicitar el embargo; aunque aclara en el inciso final que fuera de esos casos "también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado".

Entre los casos que facultan a solicitar el embargo preventivo, se incluyen situaciones que permiten afirmar la existencia de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho de crédito del peticionante, en los incisos 3° y 4° del citado artículo 438: "que se acredite la intención del deudor de enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía ... o que se justifique la disminución apreciable de la solvencia del deudor después de contraída la obligación, por cualquier causa" (inciso 3°), o "que se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos y el demandado no contare con seguro de responsabilidad" (inciso 4°).

El inciso 2° del citado art. 438 refiere a la prueba de la existencia del crédito del peticionante, cuando esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, aunque no se indica en ese caso si el peticionante debe igualmente acreditar el restante presupuesto de toda medida cautelar: el peligro en la demora.

Se considera que deberá acreditarse de todas formas, porque se trata de un presupuesto general de toda medida cautelar, por lo que no sería suficiente que el peticionante acredite su calidad de acreedor mediante instrumento público o privado, sino que deberá además justificar que la demora del proceso conlleva en el caso concreto, en base a circunstancias objetivas que deberá alegar y acreditar sumariamente, un riesgo cierto de lesión o frustración de ese derecho de crédito. Sin perjuicio de que, eventualmente, el instrumento público o privado puede configurar en el caso concreto un título ejecutivo (art. 457), y en ese caso podrá solicitarse el embargo de acuerdo a lo previsto en el art. 459 (demanda ejecutiva).

En cuanto al primer inciso del artículo 438, cabe la misma apreciación: la circunstancia de que el deudor no tenga domicilio en la República, no conlleva, necesariamente, un riesgo de lesión o frustración del derecho del actor, y tampoco excluye la necesidad de acreditar el restante presupuesto exigido con carácter general en el artículo 433 (la "buena apariencia del derecho" del peticionante).

Por otra parte, admitir como fundamento exclusivo de la medida cautelar la circunstancia apuntada (que el demandado se domicilie en el extranjero), podría afectar derechos reconocidos en pactos y convenciones internacionales, al determinar un trato desigual fundado exclusivamente en la condición referida.

Por eso, se tiene la opinión, que esa circunstancia podrá determinar la procedencia de un embargo preventivo, siempre que el peticionante invoque y justifique la concurrencia en el caso de los presupuestos previstos en el artículo 433; en ese marco, la circunstancia de que el demandado no tenga domicilio en la República podrá ser valorada, en el conjunto del material probatorio aportado por el peticionante, para definir si se verifican en el caso concreto los referidos presupuestos.

El inciso final del artículo 438 contiene una prevención importante, en cuanto a la admisibilidad del embargo en supuestos no previstos en los incisos anteriores, al disponer que en ese caso podrá solicitarse el embargo "si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado". Debe preferirse entonces, la adopción de otra

medida cautelar menos gravosa cuando resulte igualmente idónea para prevenir el riesgo de lesión o frustración del derecho.

2.9.9 INHIBICIÓN GENERAL DE DISPONER.

Art. 439.- En los casos en que haya lugar a embargo y éste no pueda hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor o por no cubrir los que se conozcan el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la cual se dejará sin efecto cuando se presentaren a embargo bienes suficientes o se diere caución bastante.

El que solicitare la medida cautelar deberá expresar el nombre, apellido y domicilio del deudor, así como todo otro dato que pueda individualizar al inhibido, sin perjuicio de los demás requisitos que impongan las leyes.

La inhibición de disponer sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación, en su caso; salvo en los supuestos en que el dominio se hubiere transferido con anterioridad, dé acuerdo con lo dispuesto en la legislación general.

Esta inhibición no concederá preferencia sobre otras medidas cautelares anotadas con posterioridad.

Este Artículo se refiere a la inhibición general de disponer, medida prevista para supuestos en los que el peticionante no conozca bienes suficientes del deudor, esta medida se inscribirá en los registros respectivos y tendrá eficacia a partir de esa inscripción.

Por la naturaleza de esta medida cautelar el Artículo en estudio nos indica de la necesidad de que se individualice de la manera más correcta al sujeto inhibido esto pues a través de nombre, apellido, dirección y cualquier otro dato que pueda individualizar de manera correcta al deudor.

Como lo indica la norma citada, la medida despliega sus efectos desde la anotación determinando la inhibición general de vender o gravar los bienes, pero

no concede preferencia respecto de otras medidas cautelares anotadas con posterioridad.

2.9.10 PROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Art. 440.- Además de la intervención o administración judicial autorizada por las leyes sustantivas, que queda sujeta al régimen establecido por ellas, podrá disponerse dicha medida cuando se pretenda sentencia de condena a entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro que implique interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando el aseguramiento de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad.

La intervención o administración judicial puede decretarse "cuando se pretenda sentencia de condena a entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro que implique interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando el aseguramiento de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad".

2.9.11 RÉGIMEN GENERAL DE LA INTERVENCIÓN O ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Art. 441.- La resolución que disponga una intervención o administración judicial necesariamente fijará su plazo, que podrá ser prorrogado mediante la justificación de su necesidad, y las facultades del interventor o administrador, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiendo procurar, en lo posible, la continuación de la explotación intervenida.

El tribunal fijará la retribución del interventor o administrador, que será abonada por el peticionario o por el patrimonio intervenido, si hay circunstancias que así lo determinen; y tal retribución se imputará a la que

se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la parte que deba soportar el pago.

Regula el régimen general de la medida, y señala como criterio básico que las facultades del administrador o interventor deberán limitarse a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiendo procurar en lo posible la continuidad de la explotación intervenida. Sin perjuicio de esta medida cautelar, se mantienen en vigor las disposiciones contenidas en leyes sustantivas, que autoricen la intervención o administración judicial.

2.9.12 PROCEDENCIA DEL SECUESTRO.

Art. 442.- Procederá el secuestro de los bienes muebles objeto del proceso cuando se pretenda su entrega y se hallen en poder del demandado, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar.

Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable para la guarda o conservación de cosas en función de asegurar el resultado de la sentencia.

El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga, fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese necesario.

En cuanto al secuestro, procede en dos hipótesis:

a) cuando el objeto del proceso consiste en la entrega de bienes muebles que se hallen en poder del demandado, debiendo el peticionante justificar documentalmente el derecho cuya efectividad se quiere garantizar.

b) en general, cuando resulte indispensable para la guarda o conservación de cosas en función de asegurar el resultado de la sentencia (fundamento cautelar genérico).

El secuestro puede definirse como una medida cautelar que tiene por finalidad específica desapoderar materialmente a una persona de un bien sobre el cual se ha iniciado o se iniciará un proceso jurisdiccional, para evitar que la

misma lo sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva.

De acuerdo a lo previsto en este Art. , se limita a la documental la prueba de la verosimilitud del derecho del actor, cuando la pretensión garantizada tenga por objeto la entrega del bien mueble que se halle en poder del demandado, y en general, cuando se solicite el secuestro para asegurar el resultado de la sentencia definitiva; lo que no excluye la admisibilidad de otros medios de prueba para acreditar el otro presupuesto de toda medida cautelar, es decir, el riesgo de frustración del derecho.

2.9.13 ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Art. 443.- Será procedente la anotación de la demanda cuando se dedujere una pretensión que pudiera tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente.

Continuando con el análisis del catálogo de medidas cautelares específicas, el artículo 443 prevé la anotación de **la demanda**, que procede "cuando se dedujere una pretensión que pudiera tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente".

La anotación de la demanda, o "anotación preventiva de la litis" como se le denomina en otros sistemas, es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar la publicidad de un proceso en el que puedan verificarse alteraciones en relación a bienes susceptibles de inscripción registral, de modo que la eventual sentencia estimatoria de la pretensión pueda ser oponible a terceros adquirentes de dichos bienes o terceros a cuyo favor se constituyan derechos reales o personales inscribibles sobre los mismos.

Se trata en realidad, de una medida vinculada con los efectos de la sentencia (cosa juzgada), puesto que la publicidad registral resultante de la anotación de la demanda tiene por objeto que la sentencia que finalmente se pronuncie en ese proceso, sea oponible o tenga efecto vinculante respecto de terceros en relación con la concreta modificación operada en la inscripción registral.

Sin embargo, el Código Procesal Civil y Mercantil no contiene una referencia a este supuesto en el capítulo referido al alcance subjetivo de la cosa juzgada (art. 230).

2.9.14 PROHIBICIÓN DE INNOVAR Y DE CONTRATAR.

Art. 444.- Se podrá decretar la prohibición de innovar en cualquier clase de procesos si existe el peligro de que, al alterarse, en su caso, la situación de hecho o de derecho, tal modificación pudiera influir en la sentencia o volver ineficaz o imposible su ejecución; y siempre que la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Cuando por ley o por contrato, o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del proceso, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará dicha medida. Con tal fin, individualizará lo que es objeto de la prohibición, y dispondrá que se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

La medida quedará sin efecto en cualquier momento en que se demuestre su inoperancia o inutilidad para los fines del proceso.

Finalmente, el artículo 444 regula la prohibición de innovar y de contratar. La prohibición de innovar procede si el peticionante alega y justifica "el peligro de que, al alterarse, en su caso, la situación de hecho o de derecho, tal modificación pudiera influir en la sentencia o volver ineficaz o imposible su ejecución; y siempre que la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria".

A su vez, "cuando por ley o por contrato, o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del proceso, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará dicha medida", y "con tal fin, individualizará lo que es objeto de la prohibición, y dispondrá que se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante". Lo hecho en contravención de la prohibición, podrá ameritar la solicitud de las medidas de ejecución previstas para las obligaciones de no hacer, por remisión contenida en el art. 454.

2.9.15 REGLAS DE APLICACIÓN DE MAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 445.- Las medidas cautelares deberán ser efectivas y conducentes a su fin, y resultar lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, sin que por ello obtenga el demandante más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia.

El juez deberá controlar que la aplicación de las medidas cautelares se ajusten a lo prevenido en el inciso anterior, y, en caso contrario, limitará la solicitud a dichas reglas.

En este artículo se encuentra inmerso otro principio trascendental en materia cautelar, que es el principio de proporcionalidad, La medida cautelar debe guardar una razonable proporción con el daño que procura prevenir, debiendo evitarse en todo caso el ejercicio abusivo de la potestad cautelar. En ese sentido, el Código Procesal Civil y Mercantil dispone que "las medidas cautelares deberán resultar lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, sin que por ello obtenga el demandante más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia."

Así mismo, obliga al juez a "controlar la aplicación de la medida cautelar" en el sentido de que debe ser vigilante respecto a la proporción entre la medida cautelar y el daño a prevenir, inmediatamente se nota la importancia que el legislador otorga a dicho principio, y más aún cuando en el inciso final se le otorga la facultad de "limitar" la solicitud a dichas reglas; es decir, que en caso la petición del solicitante sea desmedida o desproporcional en cuanto al peligro que se intenta prevenir, el juez puede limitar dicha situación aplicando medida distinta o más acorde a la situación.

2.9.16 PRESTACIÓN DE CAUCIÓN.

Art. 446.- Como regla general, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado, su adopción y cumplimiento.

La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

La caución, conocida también como “contracautela”, es decretada de forma general en cada proceso en que se dicten medidas cautelares, se trata de una forma de aseguramiento para la parte sobre la que recae la medida cautelar, esto para cubrir los daños y perjuicios que se le pueden ocasionar en caso que la medida cautelar sea revocada o, resulte ganador en el litigio.

Es por esto que se conoce como “La cautela de la cautela” Mientras la medida cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo que conlleva el proceso y la eventual sentencia, la caución que se acompaña a la medida cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes"

2.9.17 FORMA Y CUANTÍA DE LA CAUCIÓN.

Art. 447.- La forma y cuantía de la caución deberá indicarse en la solicitud de la medida cautelar, y podrá ofrecerse en dinero en efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras, o en cualquier otra forma admitida en derecho, siempre que, a juicio del juez, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

El juez podrá aceptar la caución ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o cambiarla por la que considere pertinente, con apego a la proporcionalidad respecto de la capacidad patrimonial del solicitante y del objeto del proceso.

La forma y cuantía deberá ser de tal forma que a juicio de Juez garantice suficientemente "la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate" en el momento determinado que se necesite.

En ese sentido el referido artículo da ejemplos de la forma en que es factible cumplir con la premisa antes mencionada, la primera forma y quizá la forma por excelencia es cantidad dineraria en efectivo, luego aparecen otras

modalidades como los cheques de cajas, garantías bancarias o de instituciones afianzadoras, estas teniendo como cualidad común “ la inmediata disponibilidad”; por esta razón quedan excluidas las formas más lentas o que necesiten un trámite para poder hacer efectiva la disponibilidad.

2.9.18 EXENCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE CAUCIÓN.

Art. 448.- El juez podrá eximir de la prestación de caución al solicitante si su capacidad económica y potencial patrimonial es sensiblemente inferior al de la parte contraria, en especial en aquellos casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente.

La decisión judicial a que se refiere el inciso anterior será tomada con especial motivación y previa ponderación razonada de los intereses en juego.

Las causales de exención de la prestación de caución, previstas en este Art. , contemplan la situación económica del peticionante como circunstancia habilitante de la exención, solución necesaria y conveniente para mantener el acceso igualitario al instrumento cautelar, que de otra forma podría verse afectado frente a la parte carente de recursos económicos para solventar la caución.

No obstante, la causal de exoneración no refiere exclusivamente a la situación económica del peticionante o su imposibilidad económica de constituir la caución, sino que contempla una hipótesis más compleja: que la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante sea sensiblemente inferior al de la parte contraria.

Lo que en puridad, no es lo mismo que analizar exclusivamente la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante, sino que requiere comparar esa capacidad y potencial con el de la contraparte.

De modo que, por ejemplo, si el solicitante tuviera una capacidad económica y potencial patrimonial que le permitieran constituir caución, pero esa

capacidad y potencial fueran sensiblemente inferiores al de la contraparte (por tratarse ésta, por ejemplo, de una importante multinacional), aquél podría ser exonerado de la prestación de la caución a pesar, reitero, de contar con medios suficientes para constituirla.

A la inversa, si el solicitante presenta una capacidad económica y potencial patrimonial comprometida, que no le permiten ofrecer caución suficiente, pero su contraparte se encuentra en una situación económica similar, el juez no podría exonerar a aquél de la exigencia de constituir caución.

2.9.19 COMPETENCIA.

Art. 449.- Será competente para la adopción de las medidas cautelares el juez que deba conocer o esté conociendo, en la instancia o recurso, del procedimiento en el que se han de acordar.

Si la medida cautelar se solicita en relación con un proceso arbitral, la competencia corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas. Lo mismo se aplicará respecto de las medidas cautelares solicitadas para procesos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, salvo que dispongan cosa distinta los tratados aplicables.

Ya entrando en un aspecto más procesal y práctico de las medidas cautelares, este artículo aclara quien conoce sobre la adopción de las medidas cautelares, en ese sentido él en cargado de resolver sobre tal petición es el Juez que está conociendo la instancia principal o el recurso según el caso, y si la situación fuese que, se ha pedido como acto previo a la demanda, igualmente conocerá el Juez a quien corresponda conocer el procedimiento que posteriormente se iniciará.

Respecto a la competencia en materia arbitral y de procesos en el extranjero el citado artículo como en forma de regla, establece que la competencia corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas. Lo mismo se aplicará respecto de las medidas cautelares solicitadas para procesos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros.

Lo anterior es una regla general; no obstante, deja a salvo la opción de aplicar tratados internacionales que tengan aplicación.

2.9.20 EXAMEN DE OFICIO.

Art. 450.- El tribunal examinará de oficio su jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares, y rechazará su intervención si considera que carece de alguna de aquéllas, debiendo remitir al solicitante al tribunal que corresponda.

De toda petición de medidas cautelares que se reciba, el tribunal está en la obligación de realizar un examen de oficio con el fin de comprobar en primer lugar que dicha solicitud se encuentra dentro de su jurisdicción y también que es competente para conocer de dicha solicitud.

Si del resultado de dicho examen resultare que carece de jurisdicción o competencia deberá en primer lugar rechazar su intervención y así mismo deberá remitir al solicitante al tribunal competente.

2.9.21 SUSTANCIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 451.- Para la sustanciación de la solicitud de medidas cautelares se formará pieza separada, que en ningún caso suspenderá el curso del proceso principal.

La solicitud adoptará la forma de demanda y se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.

A dicha solicitud se acompañarán los instrumentos que la apoyen, y en ella se deberá pedir, bajo pena de preclusión, la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de medidas cautelares.

Asimismo, en el escrito en que se soliciten habrá de ofrecerse caución, especificando de qué tipo o tipos es la que se propone, con justificación del importe propuesto.

Respecto a la forma correcta de sustentar las medidas cautelares, el artículo en estudio da lineamientos a seguir, a fin de que la sustanciación de las medidas cautelares sea correcta.

En primer lugar la solicitud deberá adoptar la forma de una demanda (276 C.P.C.M), es requisito indispensable que dentro de dicha solicitud se hagan concurrir suficientemente los requisitos que se necesitan para poder ser declaradas procedentes por el Juez (433 C.P.C.M).

Así mismo deberá acompañarse del ofrecimiento de la caución (446 C.P.C.M) siendo necesario que se exprese que tipo de caución es la que se pretende prestar.

2.9.22 EFICACÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 452.- Al terminar el proceso principal, por cualquier causa, con resolución favorable para el que solicitó la medida cautelar, se mantendrá ésta mientras transcurre el plazo previsto para el cumplimiento voluntario, si se concedió. Si tras el cumplimiento no se solicitare la ejecución, se levantarán las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares se levantarán cuando se conceda la ejecución provisional de la sentencia, en lo que ambas sean coincidentes.

El caso planteado es aquel cuando el proceso principal del cual están pendiendo las medidas cautelares; termina anticipadamente con resolución favorable a aquel que solicitó la medida cautelar, ante esta situación se mantendrá la medida cautelar subsistente mientras se cumpla el plazo para cumplir con la obligación voluntariamente si fuere el caso que se concedió este.

Vencido el plazo para cumplir voluntariamente, si no se solicitara la ejecución, automáticamente las medidas cautelares se dejarán sin efecto.

2.9.23 DECISIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 453.- Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte.

El tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal.

Si el tribunal estimare que concurren los presupuestos y requisitos para su adopción decretará las medidas, razonando su procedencia con precisa indicación de las que se acuerden y determinará el régimen a que han de estar sometidas, estableciendo en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante.

La decisión que resuelva las medidas cautelares admitirá recurso de apelación, pero si quien recurriese fuese aquel a quien las mismas perjudican el recurso se concederá sin efecto suspensivo.

2.9.24 EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Art. 454.- Acordada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, por los medios que fueren necesarios, aun los previstos para la ejecución de sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria.

Cuando se trate de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del registro correspondiente.

Los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán enajenarlos previa autorización por auto del tribunal, si concurren circunstancias excepcionales que hicieran más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

2.9.25 MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS.

Art. 455.- Si luego de adoptadas las medidas cautelares sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el tribunal, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada

La solicitud de modificación de medidas cautelares será sustanciada con arreglo al procedimiento previsto para la oposición.

2.9.26 LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Art. 456.- Dictada la sentencia absolutoria, el juez acordará el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, aunque aquélla aún no fuera firme; salvo que el demandante, haciendo manifiesta la intención de recurrir, solicitare su mantenimiento o modificación. En tal caso, el tribunal, oída la parte demandada y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente, con aumento de la caución si acordare el mantenimiento o la modificación de la medida.

Si la sentencia estimare parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes.

Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, pudiendo el demandado solicitar el pago de los daños y perjuicios causados. Podrá asimismo el demandado reclamar la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.

2.10 MARCO CONCEPTUAL

- **ABSOLUTORIA:** Aquella que, por insuficiencia de pruebas o por falta de fundamentos legales que apoya en la demanda o la querrela, desestima la petición del actor o rechaza la acusación, que produce a favor del reo (demandado en lo civil y acusado o procesado en lo criminal) la liberación de todas las restricciones que la causa haya podido significar en su persona, derechos y bienes.
- **ARBITRAJE:** Acción y facultad de resolución confiadas a un árbitro (v.) | Laudo o resolución que en tal procedimiento se adopta.
- **AUTO:** En lenguaje procesal, y empleada la palabra en singular, se refiere a la clase especial de resoluciones judiciales intermedia entre la providencia y la sentencia (v.). En general se puede decir que, mientras la providencia afecta a cuestiones de mero trámite y la sentencia pone fin a la instancia o al juicio criminal, el auto resuelve cuestiones de fondo que se plantean antes de la sentencia. Claro es, que esta nomenclatura varía conforme a la legislación de los diversos países.

Empleada la voz en plural, autos hace referencia al conjunto de documentos y piezas de que se compone una causa o pleito, los autos son lo que en el sistema procesal de algunos países denominan expedientes, que suele preferirse no obstante para lo administrativo y sus actuaciones escritas.

- **CAUCIÓN:** Precaución, cautela, garantía, seguridad. Puede definirse como la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado, lo obligatorio aun sin el concurso espontáneo de su voluntad. En el presente, caución es sinónimo de fianza.
- **CONSORCIO.** Situación y relación procesal surgida de la pluralidad de personas que, por efecto de una acción entablada judicialmente, son actoras o demandadas en la misma causa, con la consecuencia de la solidaridad de intereses y la colaboración en la defensa.
- **CONSORTE.** Cada una de las personas que, en un juicio, concurren al menos con otra y litigan con el mismo carácter de demandante o demandada, dentro de la misma acción u otra conexas.
- **CONTESTACIÓN:** Respuesta o contestación que el demandado da, ante el juez o tribunal competente, de la demanda presentada por el actor, con lo cual queda trabada la Litis, convertido en contencioso el juicio.
- **CONTRACAUTELA:** Garantía exigida procesalmente a quien solicita una medida cautelar, respecto de los daños y perjuicios que puedan resultar de esta medida.
- **COSA JUZGADA:** Se presenta sólo cuando una sentencia ha quedado firme; es decir, cuando ya no puede ser impugnada por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa. Este efecto impeditivo se traduce en el respeto y subordinación a lo decidido sobre lo mismo, en un juicio anterior. Por ello también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso.
- **DEFINITIVA.** Del verbo definir, terminar, es aquella, por la cual el juez resuelve terminando el proceso; la que, con vista de todo lo alegado y probado por los litigantes sobre el negocio principal, pone fin a la controversia suscitada ante el juzgador.

- **DERECHO SUBJETIVO:** Conjunto de facultades que corresponden al individuo y que este puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales reconocen
- **DERECHO SUBSTANTIVO:** Conjunto de normas que regulan la conducta humana, también llamado de fondo, por oposición al derecho adjetivo (v.) o de forma que regula simplemente la aplicación del primero.
- **EJECUTORIADA:** La que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia firme, por no haber contra ella sino el recurso extraordinario de revisión. La que ha sido ejecutada.
- **EXPENSAS:** Gastos o costas de un litigio, ya sean los acusados o los que se presumen o calculan para el seguimiento de una causa. Fondos que, por carecer de la libre disposición de sus bienes, se asignan a ciertas personas, para que puedan así atender a los gastos que la justicia origina. Cantidad que, para gastos judiciales, han de aportar de su propio peculio algunas personas, para que otras, de las cuales son representantes legales, puedan litigar si carecen de recursos propios y cuando han de comparecer en juicio en defensa de sus derechos.
- **FORTIORI:** Locución latina que significa "con mayor motivo"
- **GARANTÍA:** Afianzamiento, fianza, prenda, caución, obligación del garante, cosa dada en garantía. Seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo.
- **HIC ET NUNC:** Adverbio que significa Aquí y ahora
- **INTERLOCUTORIA:** Del latín inter y locutio, mientras se habla o discute, o decisión intermedia. Según Caravante la que pronuncia el juez en el transcurso del proceso, entre su principio y fin, sobre algún incidente o artículo de previo pronunciamiento, para preparar la sentencia definitiva..
- **ITER PROCESAL:** El camino del proceso
- **INTUITU PERSONAE:** Locución latina que significa por razón de la persona o en consideración a ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenderse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece.
- **LITIGIO:** Lo que constituye objeto de litigio o pleito. Lo disputado o controvertido en juicio. De dudosa resolución y efectiva controversia. Propenso a suscitar litigios o causas.

- **LITE PENDENTE NIHIL INNOVETUR:** Locución latina que significa pendiente el juicio, nada puede innovarse
- **LITIS:** Litigio, juicio, proceso, pleito. Esta voz latina se conserva como tecnicismo jurídico incorporado a nuestra lengua.
- **MEDIDA CUATELAR:** Cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz.
- **PALIATIVO:** problema sin eliminar la causa solo sirven para disimularlos o aliviarlos
- **PENDENCIA:** Estado del juicio que se encuentra pendiente de resolución ante un juez o tribunal. Tiempo que pende un proceso de la justicia. Excepción dilatoria proveniente de encontrarse una causa sub júdice, en trámite ante otro juez o tribunal competente; o ante el mismo, por acción ya entablada
- **PERICULUM IN MORA:** Es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la mora en que se incurre en su pronunciamiento encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipado provisionalmente los efectos de la resolución definitiva.
- **PROVIDENCIA:** Prevención, preparativos de lo necesario o conducente a un fin o logro. Medida o disposición que se toma para remediar un malo daño. Dios y su acción tutelar o protectora sobre la generalidad de la creación y de la humanidad. En lo procesal, resolución judicial no fundada expresamente, que decide sobre cuestiones de trámite y peticiones secundarias o accidentales
- **QUID:** Locución latina que significa quien, el que, la que, lo que, lo cual
- **ROGACIÓN:** Del latín rogatio (proposición de ley de un magistrado romano). Parte dispositiva de una ley I concreta medida administrativa adoptada en los comicios del pueblo.
- **SECUESTRO:** Deposito judicial de cosa litigiosa hasta que recaiga resolución sobre los mismo (v. secuestro de bienes) I Confiscación patrimonial por ilícita procedencia y por aplicación prohibida Embargo judicial de bienes.
- **SENTENCIA:** Declaración del juicio y resolución del juez (Dic. Acad.) I Modo normal de extinción de la relación procesal (Alsina) I Acto procesal

emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento (Couture) | Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución del proceso (Ramírez Gronda) | Resolución judicial en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso (Cabanellas) | Llámese así mismo el fallo o resolución que se dicte en los juicios de árbitros o de amigables componedores, si bien en estos casos es más frecuente la expresión laudo.

➤ **TERTIUM GENUS:** Tercer género, posición diferente a otras dos contrarias entre sí, que se conocen.

CAPITULO III

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se refiere a la descripción de los aspectos del fenómeno a través de una relación clara y concisa de cada una de las etapas de la investigación, por lo que se materializa en la elaboración de un plan general de investigación con el fin de obtener respuestas a las interrogantes delimitadas en la misma, con el fin de recabar información veraz y fehaciente.

La importancia del método lo constituye el análisis que se desarrolla de lo general a lo particular, para poder llegar a obtener una investigación autentica, en cuanto a las Medidas cautelares en los proceso Civil y Mercantil, se utilizara el método cualitativo, en la cual consiste en retomar los aspectos descriptivos sobre la temática, que permiten formar un criterio singular a cada una de las muestras recolectadas.

Este tipo de investigación lleva inmerso el uso de una herramienta importante como lo es la hermenéutica, la cual se entiende como la interpretación comprensiva que debe llevar a la explicación del objeto en investigación, estos tres aspectos devienen de la conjugación de conocimientos en distintas áreas, para lograr una interpretación filosófica profunda del fenómeno, el fin último de la hermenéutica es materializar la pretensión de explicar las relaciones existentes entre los hechos y el entorno en donde se desarrollan.

La investigación que se refiere al enfoque hermenéutico parte de un esquema inductivo expansivo, la cual se utiliza para descubrir y refinar preguntas de investigación que se basan en descripciones y observaciones, utilizando la observación no estructurada, entrevistas en grupo, evaluación de experiencias personales, inspección de historias de vida, interacción con grupos, etc.

3.2 RECOPIACIÓN DE DATOS.

En el proceso de investigación se utilizaron instrumentos metodológicos que sirvieron para conocer y comprender de manera objetiva el tema que se desarrolla, con el fin lograr el cumplimiento de los objetivos planteados en la investigación, por lo que se llevó a cabo mediante:

La observación, es un elemento fundamental de todo proceso investigativo, en ella se apoya el investigador para obtener el mayor número de datos, ya que se caracteriza por la interrelación que se da entre el investigador y el fenómeno, de los cuales se habrá de obtener ciertos datos, por lo que el investigador adopta un papel en el contexto social para obtener información mas “fidedigna” que si lo hiciera desde afuera, ya que esta técnica genera un aprendizaje más dinámico y duradero, por lo que estuvo elaborada con una guía de preguntas abiertas dirigidas a informantes claves, que tengan pleno conocimiento de la materia, como lo son los Jueces de lo Civil y Mercantil, y acorde a la información recopilada se hizo un análisis con el fin de poder elaborarse las conclusiones y recomendaciones sobre el tema investigación

- ✓ Observación directa: Que consiste en prestar atención al fenómeno atentamente mediante el sentido de la visión, ya que permitió ver ampliamente los fenómenos de los que se pueden observar a simple vista, recopilando y registrando la información para su posterior razonamiento.
- ✓ Entrevista en profundidad: Es la técnica más utilizada para obtener información, ya que es empleada para múltiples propósitos y por una variedad de ámbitos, por lo que está conformada por un entrevistador y un entrevistado, siendo los primeros el grupo de investigación y los Jueces de lo Civil y Mercantil los entrevistados, lo que permitió ser una forma directa de obtener información a través del conocimiento de los entrevistados sobre el tema de investigación, por lo que fue necesario generar un ambiente de confianza con el entrevistado a fin de que hable con libertad de sus opiniones y nociones sobre el tema indagado, que benefició y garantizó de forma fehaciente al contenido del trabajo.
- ✓ Ficha bibliográfica: Es la que permite anotar las referencias bibliográficas de un libro, revista, tesis, páginas web, Leyes de la República de El

Salvador, Leyes extranjeras, etc. de autores para enriquecer el conocimiento en base a las diversas doctrinas de los juristas.

3.3 OBJETO DEL ESTUDIO

Debido al tema de investigación abordado fue necesario ilustrarlo desde un punto de vista teórico y práctico, ya que fue necesario conocer los supuestos establecidos por los autores, que establecen una directriz del entendimiento y comprensión de la figura de las medidas cautelares; y la praxis de dicha figura con el fin de darle validez a la teoría y ponerla a disposición de la sociedad para solucionar problemas jurídicos.

Por lo que fue necesario aplicar técnicas de investigación científica tales como la observación directa, entrevista a profundidad y ficha bibliográfica, de las cuales se recolecto y se analizo la información obtenida, las cuales sirvió para lograr los objetivos delimitados de la investigación, estableciendo el objeto, debida utilización y eficacia de la medida cautelar en la sociedad salvadoreña.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.4.1 POBLACIÓN: Es una población o universo que puede estar referido a cualquier conjunto de elementos de los cuales se pretende indagar y conocer sus características, para las cuales serán validadas las conclusiones obtenidas en la investigación. Por lo que fue necesario para formar parte de la población de la investigación abordada, la determinación del nivel de conocimiento adquirido en materia jurídica, sobre Constitución de la República de El Salvador, Tratados Internacionales, Leyes Secundarias para el caso, es decir, el Código Procesal Civil y Mercantil, con el fin de analizarse el fenómeno estudiado apreciando una severa conclusión, por el cual la población que fue idónea para la investigación fueron los Jueces de los Juzgados Civiles y Mercantiles de El Salvador y abogados litigantes expertos en la materia.

3.4.2 MUESTRA: Es la representación significativa del subconjunto de las características de una población, que bajo la asunción de un error (generalmente no superior al 5%) se estudia las características de un conjunto

poblacional mucho menor que la población global, por lo que descansa bajo el principio de que las partes representan al todo, y por tal, refleja las características que definen a la población de la que fue extraída, lo cual indica que es representativa.

Es así que para que se cumplieran los objetivos limitados en la investigación fue necesario desarrollar un trabajo de campo, el cual sirvió para estructurar de manera objetiva la investigación planteada, por lo que fue necesario delimitar el ámbito de acción y tipo de muestra que se utilizaron, por lo que las muestras se obtuvieron con la intención de inferir propiedades de la totalidad de la población, para lo cual fueron representativas de la misma.

Por lo que el tema de la investigación abordada se trata sobre las Medidas cautelares en los proceso Civiles y Mercantiles, se procura valorar la eficacia en la adopción de tal figura, media vez el demandante solicite la adopción de las mismas, que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria, siendo estas concedidas por la sana crítica del Juez.

Siendo así que la muestra que se utilizó para el tema de investigación se trato de los Jueces de lo Civil y Mercantil del Distrito Judicial de Santa Ana, Juzgados de lo Civil de Metapán, Chalchuapa, Ahuachapán y Sonsonate, así como a tres abogados litigantes en el libre ejercicio de la profesión con conocimientos en la materia.

3.5 PLAN DE ANÁLISIS

De la recopilación de información obtenida, aplico la metodología denominada “Metodología de la Triangulación” esta consiste en la integración de la elaboración de los instrumentos útiles para la recolección de datos, concertación de visitas para entrevistar y análisis de la información recabada, estas tres actividades representan una unión en sus puntos referenciales para proyectar la información recolectada.

Tomando en cuenta que la metodología descrita es una técnica utilizada por el investigador, se debe tener claro cuál es la utilidad que esta aporta en el fenómeno en estudio, señalando que con la conjugación de los elementos de esta se podrá analizar cada uno de los hechos dentro de la investigación, así como ir profundizando en su contenido, descubriendo todos los hechos en su estructura el cual refleja la verdadera realidad de los hechos investigados, conociendo de esta forma la verdad como el objetivo principal para darle una explicación racional y confrontada con la realidad.

Lo anterior se fundamenta en toda aquella teoría recolectada, sean estos datos históricos y doctrinarios obtenidos por el investigador como punto de referencia para la explicación del fenómeno, sirvió de parámetro para ir progresando en todos los hechos que giran en relación a la investigación, de igual forma la triangulación metodológica toma en cuenta otros aspectos como lo son los datos obtenidos de los informantes claves, quienes fueron personas que por sus cargos o funciones ejercidas sostienen una relación directa con el conjunto de elementos que se investigo, por lo que se convirtieron en piezas fundamentales para el análisis y descubrimiento de la veracidad de los hechos.

Analizados los hechos investigados con la referida metodología, permitió realizar un estudio valorativo con la información obtenida, generando cuestionamientos y comparación de datos, emitiendo de esta forma todas aquellas conclusiones deducidas de la conjugación de datos recolectados.

Cabe mencionar que sin los instrumentos no hubiera sido posible llevar a cabo la entrevista que proyecta la información analizada, es por ello que se estableció que el instrumento viene de acuerdo a la técnica que se aplico en la investigación, en esta caso, se abordó la triangulación de la investigación, se estableció entonces una interrelación triangular, es por ello que se reunieron los resultados que se obtuvieron en cada entrevista procediendo a estudiar las preguntas similares y las diferentes respuestas proporcionadas por cada entrevistado, examinando las similitudes y diferencias de cada respuesta dentro de las matrices

3.6 INSTRUMENTOS

OBSERVACIÓN DIRECTA, ENTREVISTA A PROFUNDIDAD Y FICHA BIBLIOGRÁFICA.

Elaboración de Instrumentos: Los instrumentos que se emplearon en la investigación fueron necesarios, debido a que su utilidad obedece al tipo de técnica a usar, por lo que conlleva a recopilar información ineludible sobre el fenómeno en estudio, por lo que cabe mencionar que los usos de la observación directa, la entrevista en profundidad y la ficha bibliográfica para su implementación fueron de máxima importancia.

Ya que primero se observó con diligencia el fenómeno, se recolectó información y se registró para ser analizada; posteriormente se llevó a cabo un diálogo realizado por el grupo de investigación, quienes ejecutaron un papel de entrevistadores, y el entrevistado, es decir, los Jueces de lo Civil y Mercantil de Santa Ana, Metapán, Ahuachapán y Sonsonate, así como abogados litigantes en el ejercicio de la materia respectiva, lo cual permite la recopilación de datos fidedignos, debido al conocimiento que tienen sobre la aplicación práctica de las medidas cautelares.

Lo anterior se llevó a cabo mediante una guía de preguntas previamente formuladas, acorde a los objetivos generales y específicos establecidos en el capítulo I, estas interrogantes fueron específicas y conducían a alcanzar los objetivos delimitados en la investigación. Por su parte la utilidad de las fichas estribó en la recopilación de datos de todo lo que se investigó, es por ello que fue una herramienta importante para ahorrar tiempo y recursos.

Concertación de visitas: Se señaló día y hora con el fin de entrevistar a los informantes, a los cuales se les expidió previamente una carta solicitando permiso y colaboración con la entrevista, para luego hacerse presente los investigadores a las diferentes instituciones, para obtener puntos de vista y conclusiones que fundamentaron y desarrollaron la investigación sobre las Medidas cautelares.

Análisis de la Información: Se presentó un informe sobre Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, que se llevó a cabo mediante la entrevista a profundidad, que fue consignada en una tabla matriz, en la que se presentó el contenido de las preguntas, las respuestas y sus respectivas fuentes, que posteriormente se realizó una interpretación del análisis de los datos recabados.

3.7 RESULTADOS ESPERADOS

- ✓ Conocer sobre la aplicación y eficacia de la Medida cautelar en los procesos Civil y Mercantiles.
- ✓ Distinguir la utilización de cada medida contempladas en el catalogo de medidas cautelares.
- ✓ Establecer los criterios aplicados por los Jueces para decretar una medida cautelar.
- ✓ Verificar el cumplimiento de principios procesales en la aplicación de medidas cautelares para las partes en el proceso.
- ✓ Indagar sobre las ventajas o desventajas que trae consigo para ambas partes la solicitud de una medida cautelar en el proceso Civil y Mercantil.

3.8 CONFIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología de la triangulación que se llevó a cabo en la investigación, al igual que cualquier otro método de investigación por su naturaleza puede tener un margen de error, el cual consiste en un máximo de 5%, el instrumento de medición de variables utilizado como lo es la entrevista a profundidad tienen a producir datos cargados de subjetividad por parte de los informantes, sin embargo, para reducir ese nivel se hizo uso de una entrevista de estudio de índole retrospectivo, ya que se ha indagado sobre hechos ya ocurridos y que tuvieron relación con el tema investigado y prospectivo, ya que es cuando se le va dando el seguimiento a la información que se relaciona con hechos adquiridos durante la etapa investigativa.

3.9 SUPUESTOS Y RIESGOS

Durante la etapa de aplicación de la metodología a emplear se generaran las posibles eventualidades que conducirán a la facilidad u obstaculización de la investigación en la recopilación de datos, a través de los medios en que se realizara el estudio:

- Factor jurídico
- Factor Civil y Mercantil
- Factor Viabilidad de entrevista

3.10 PRESUPUESTOS Y FINANCIAMIENTOS

En la investigación se emplearon los recursos siguientes:

3.10.1 RECURSOS HUMANOS

- Grupo de Investigación
- Asesor del Trabajo de investigación
- Metodólogo
- Entrevistados

3.10.2 RECURSOS MATERIALES

- Libros
- Internet
- Libretas de apuntes
- Hojas de papel común
- Lápices y lapiceros
- Marcadores
- Corrector
- Focotocopias
- Corrector
- Computadora e impresoras
- Tinta de impresora
- Memoria USB

- CD'S
- Otros

3.10.3 RECURSOS FINANCIEROS

Para la elaboración del trabajo de investigación se estimó un aproximado de doscientos cincuenta dólares de Estados Unidos de América, suma aportada por cada integrante del grupo para sufragar los gastos que generó la investigación, contados a partir del día cuatro de Febrero de dos mil trece hasta el día cuatro de Agosto del dos mil trece, siendo un total de mil dólares de los Estados Unidos de América.

3.11 ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Se presentó la triangulación de los datos obtenidos de la investigación sobre Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, el cual fue realizada en la zona occidental del país, específicamente en los Juzgados Primero de lo Civil y Mercantil, Segundo de lo Civil y Mercantil y Tercero de lo Civil y Mercantil de la ciudad de Santa Ana, así como el Juzgado de lo Civil de Metapán y Juzgado de lo Civil de Chalchuapa, ambos del departamento de Santa Ana; y el Juzgado de lo Civil de Sonsonate y Juzgado de lo Civil de Ahuchapán, así mismo a tres abogados litigantes en el área Civil y Mercantil de la ciudad de Santa Ana, siendo todos ellos sujetos de estudio.

Se presentaron dos cuadros en los cuales se ha vaciado la información obtenida en la investigación, en el primero de ellos se encuentra cada una de las interrogantes que fueron realizadas a los administradores de justicia de cada uno de los Juzgados anteriormente descritos, y a su vez las respuestas de cada uno de ellos; y en el segundo se encuentran las interrogantes y respuestas de cada uno de los abogados litigantes entrevistados. (Ver anexo 8 y 9)

Posteriormente se exhibieron dos cuadros en los cuales se encuentran las preguntas realizadas a los jueces y abogados litigantes, la doctrina relacionada a la interrogante, un análisis unificado de las respuestas que han

brindado cada uno de los informantes y al final el análisis grupal de todo ello. (Ver anexo 10)

3.11 ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Se presenta la triangulación de los datos obtenidos de la investigación sobre Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, el cual fue realizada en la zona occidental del país, específicamente en los Juzgados Primero de lo Civil y Mercantil, Segundo de lo Civil y Mercantil y Tercero de lo Civil y Mercantil de la ciudad de Santa Ana, así como el Juzgado de lo Civil de Metapán, Juzgado de lo Civil de Chalchuapa, ambos del departamento de Santa Ana; y el Juzgado de lo Civil de Sonsonate y Juzgado de lo Civil de Ahuachapán, asimismo a tres abogados litigantes en el área Civil y Mercantil de la ciudad de Santa Ana, siendo todos ellos sujetos de estudio.

Se presentan dos cuadros en los cuales se ha vaciado la información obtenida en la investigación, el primero de ellos se encuentra cada una de las interrogantes que fueron realizadas a cada uno de los administradores de justicia de cada uno de los Juzgados anteriormente descritos, y a su vez las respuestas de cada uno de ellos. (Ver anexo 8)

Posteriormente en el segundo cuadro se encuentran las preguntas realizadas a los jueces y abogados litigantes, la doctrina relacionada a la interrogante, un análisis unificado de las respuestas que han brindado cada uno de los informantes y al final el análisis grupal de todo ello. (Ver anexo 9).

4.1 CONCLUSIONES

Con la investigación realizada se ha conocido de primera mano una serie de condiciones, hechos y circunstancias que se vuelve necesario resaltar, como una forma del producto del trabajo que se ha llevado a cabo.

En ese sentido y como grupo de trabajo se tienen las siguientes conclusiones:

- Se ha tenido conocimiento de la enorme mejora que ha significado para los procesos civiles y mercantiles en general, la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil; no obstante, se denota que a pesar de que existe la regulación de la figura de las medidas cautelares, los jueces también aplican la sana crítica y la lógica común como instrumento de interpretación de la norma y así mismo al momento de decretar una medida cautelar, esto en primer lugar porque la normativa Civil y Mercantil no es taxativa en el sentido de atenerse únicamente a lo escrito, además es necesario mencionar que se han encontrado vacíos en la normativa referente a las medidas cautelares, vacíos en los cuales el juez se vale de la sana crítica y la lógica común para aplicar justicia y al mismo tiempo no violentar ningún derecho a las partes.
- Se observó que no obstante las medidas cautelares son un instrumento útil e inclusive necesario en algunos procesos, los abogados litigantes no hacen uso de estas; o al menos, no en la forma y cantidad que podrían hacerlo, se concluye que esto es resultado principalmente de el desconocimiento de la figura cautelar por parte del abogado litigante.
- Durante la investigación se conoció la falta de claridad existente en el tema de la caución o contracautela; tanto es así, que los mismos aplicadores de justicia no tienen claridad respecto a ella, se concluye en ese sentido que a pesar de la innovación de la normativa Civil y Mercantil aun falta claridad en algunos aspectos; en ese sentido se deja abierta esta temática para que el lector que muestre interés pueda aclarar dicha temática mediante su propia investigación
- Se conoció de la eficacia de las medidas cautelares y de que tanto lo son; en ese sentido, se concluye que las medidas cautelares son

evidentemente eficaces, en el momento en que decretadas con anterioridad, sea necesaria una ejecución forzosa, se obtuvo como resultado respecto a esto que los conocedores de la materia entienden la eficacia como futura y pendiente del resultado del proceso, idea central a la cual nos adherimos los suscritos.

- Como conclusión final y central se puede decir que las medidas cautelares en primer lugar son una figura desperdiciada en la litis que a diario se da en materia civil y mercantil , la utilidad que la figura cautelar presta es vital para aquel que hace un uso correcto de ella, es una figura fresca y que protege derechos constitucionales y derechos que contempla exclusivamente la legislación procesal ; así mismo, cumple con los principios procesales que el Código Procesal Civil y Mercantil convirtiendo a las medidas cautelares en una figura principal dentro de las instituciones jurídicas que la ley en mención posee.

4.2 RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los Juzgados que aplican la normativa Civil y Mercantil en la zona occidental no confundir la medida cautelar del embargo preventivo de bienes que es decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes; con el embargo ejecutivo de bienes consistente es la retención de bienes, como una método de seguridad para pagar deudas en la que se haya podido incurrir.
- Es necesario unificarse criterios con respecto al tratamiento de las medidas cautelares conforme al tratamiento procesal que debe dársele, es decir, si deben de ser en pieza a parte del proceso principal que se ha interpuesto.
- Se exhorta a los abogados litigantes hacer un mayor uso de esta institución jurídica denominada como medidas cautelares, debido a que el resultado beneficiaría a la parte solicitante en el aseguramiento del derecho o bien objeto del proceso, asegurando que la futura sentencia este dotada de eficacia.
- Se recomienda hacer una reforma en cuanto establecer en la ley parámetros más claros para determinar la cuantía de la caución de la persona que solicita la aplicación de una medida cautelar, puesto que la falta de concertación respecto al tema crea incertidumbre en las partes, tanto en la persona que solicita la medida así como en la parte en quien recaerá la medida cautelar.

ANEXOS

(ANEXO 1)

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

1. <http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares2.shtml#bibl>. (Página consultada el día viernes cinco de abril del año dos mil trece a las 8:45 p.m)
2. Las medidas cautelares en el proceso Civil Español, Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez.
3. PEYRANO, JORGE W. “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, ED, 163-788.
4. PEYRANO, JORGE W. “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED 169-1345.
5. <http://www.monografias.com/trabajos6/mepre/mepre.shtml>.
6. ALCALÁ ZAMORA, NICETO. SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. Sistema de derecho procesal, traducción, Buenos Aires, 1944, págs. 249 y 250.
7. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945. pág. 44
8. DIEZ, MANUEL MARÍA. Derecho procesal administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, pp. 311 y 312.
9. COUTURE, EDUARDO J. Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, De palma, 1976, p. 405.
10. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. Marino Araya, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 45.
11. CASCO PAGANO, HEMÁN. Código Procesal Civil comentado y concordado, 4º ed., Asunción, Paraguay, La Ley, 2000, p. 1076.
12. PALACIO, LINO E. Manual de Derecho Procesal Civil, 14º ed, Buenos Aires
13. DI IORIO, ALFREDO. “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”; REIMUNDÍN, Ricardo “Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia”, en Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Argentina, nº 22, p. 95 y ss.

14. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945. pág. 43.
15. GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R. “Actividad cautelar en el proceso contra la Administración”, 2003, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, pág. 14.
16. SIMÓN PADRÓS, RAMIRO. La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Lexis Nexis S.A., 2004 cit., pág. 63.
17. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945. , p. 40.
18. CHIOVENDA, GIUSEPPE. Instituciones de derecho procesal civil, Editorial Aguilar, Madrid, pag. 282.
19. MATURANA, MIQUEL C. Las Medidas Cautelares, Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Editorial Universitaria. P. 14.
20. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945. pág. 45.
21. CARNELUTTI FRANCHESCO, Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo I Editorial Jurídica- Europea. pág. 251.
22. ZAMBLAZZO, M. G. Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares. Publicación del Departamento de Derecho Procesal y Practica Profesional. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2004. República de Argentina. p. 106.
23. ALESSANDRI, F. Reglas Comunes a Todo Procedimiento y del Juicio Ordinario, Curso de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Imprenta el Esfuerzo. 1934. pág. 114.
24. CARNELUTTI, FRANCESCO. Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo uno trad. Santiago SentfsMelendo, Buenos aires editorial Jurídica Europea pág. 389-390.
25. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945, pág. 36.

26. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945. pág. 40.
27. DIAZ, S. Técnica Jurídica del Proceso Civil. Biblioteca Jurídica Argentina. Pág. 64 <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>.
28. CLARIA OLMEDO, J. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1963, t. V, pág. 219.
29. VECINA CIFUENTES, J. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional, Madrid, España, Editorial Colex, 1993, pág. 43.
30. MORICETE FABIÁN, B. Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil. Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2007 pág. 21.
31. ZAMBLAZZO, M. G. Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. No 8. Medidas Cautelares. Publicación del Departamento de Derecho.
32. DOMÍNGUEZ, S. La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso-Administrativo, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, Primera Edición, 1996. p. 123.
33. MARTEL CHANG, R. A. La necesidad de Legislar Sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil Pág. 33.
34. VÁSQUEZ ROSSI, J. E. Derecho Procesal Penal, la Realización Penal, Tomo II. Rubinzal - Culzoni Editores. pág. 244.
35. GIMENO, S. Las Medidas Cautelares en Materia Comercial. Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Publicaciones Universal. pp. 500-501.
36. MONTERO AROCA, J. Y CHACON CORADO, M. Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen I Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España. Editorial SP. pág.515.
37. CLARÍA OLMEDO, J. A. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. pág. 352.
38. CLARIA OLMEDO, J. A. Derecho Procesal Penal, Tomo III Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina pág. 281-286.
39. CHIOVENDA, J. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid. Editorial Reus (S.A.) 1922. pág. 264.

40. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica 1945, pág.55.
41. DE LOS SANTOS, M. Medidas Autosatisfactivas y Medidas Cautelares, Semejanzas y Diferencia entre ambos institutos procesales. Rubinzal-Culzoni Editores, 1998 pág 31.
42. PERAYO, J. W. Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal-Culzoni Editoriales, 1999, pág 13.
43. LAZZARI, E. N. Medidas Cautelares, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, pág. 12.
44. LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO. Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo en Argentina, Tomo I, Editorial Lexis Nexis 2007, pág 271.
45. CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 341.
46. Cfr. PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. VIII, cit., pág. 32.
47. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO FERNÁNDEZ Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, Tº II, Madrid, Civitas, 1998, pág. 628.
48. CHIOVENDA, GIUSEPPE. Instituciones de derecho procesal civil, t. I, cit., pág. 299.
49. GALLEGOS, FEDRIANI. Pablo O., Las medidas cautelares contra la Administración Pública, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pág. 70.
50. CFR. SIMÓN PADRÓS, RAMIRO. La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, cit., p. 172. Según MAIRAL, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 818 y ss.
51. GERMÁN CISNEROS, FARÍAS. Diccionario de frases y aforismos latinos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág 89. Nota fuera de texto.
52. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica pág. 64.

53. CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Eduardo J. Couture, 1945, págs. 31,36 y 37)
54. PIERO, CALAMANDREI. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Eduardo J. Couture, 1945, págs. 31,36 y 37)
55. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882.
56. CONSIDERANDOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.
57. SÁNCHEZ, V. J. J, Apuntes sobre derecho procesal civil. Publicaciones del Ministerio de justicia. Ediciones Último Decenio; El Salvador 1992. pág. 57.
58. VÁSQUEZ LÓPEZ, L. Recopilación de Leyes Civiles y de Familia, 2005, Apéndice del Código de Procedimientos Civiles, Ediciones publicadas. Antecedentes. Editorial LIS. Imprenta Offset Cuscatlán.
59. CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, D.E. del 30 de Abril de 1860. D. O. del 19 de Mayo de 1860. Cuarta edición. Con reformas de 1890 hasta 1903. Arreglada por el Doctor Rafael U. Palacios. San Salvador, Imprenta la República 1904.
60. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882. Nueva Edición en la que se han intercalado las reformas de decretadas hasta 1916.
61. CANALES CISCO, O. A. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño I*. Legislación-Doctrina-Jurisprudencia. San Salvador Agosto 2001. p. 164.
62. CODIGO DE COMERCIO. Decreto Legislativo 671. Fecha: 08/05/1970, Diario Oficial 140.

- 63.** LEY DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES. Decreto Legislativo 360. Fecha 14/06/1973 Diario Oficial No. 120.
- 64.** LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Decreto Legislativo No 985. Diario Oficial No 58.
- 65.** LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS. Decreto Legislativo No 986. Diario Oficial No 58.
- 66.** CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo. N° 702, Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224, Tomo: 381, Publicación Diario Oficial: 27/11/2008. Reformas: Decreto Legislativo No.319 de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No.100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.
- 67.** INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. SECRETARIA GENERAL. Montevideo 1988. Impreso en Talleres Gráficos de la Editorial M.B.A. Maldonado 2215, Montevideo. Página 4 y siguientes
- 68.** CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL COMENTADO. Consejo Nacional de la Judicatura/ Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Impreso en Talleres Gráficos UCA Julio 2010. Presentación de la obra. P. 1.
- 69.** FAIREN GUILLEN, V. Teoría General del Derecho Procesal. Impreso y hecho en México 1992. pp. 453-458.
- 70.** <http://clubensayos.com/Acontecimientos-Sociales/Piramide-De-KelsenOrdenamiento-Juridico-En/39.html> (Página consultada el día tres de mayo del año dos mil trece a las 10:15 p.m)

(ANEXO 2)

Universidad de El Salvador

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

**ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A ABOGADOS LITIGANTES DE
LA CIUDAD DE SANTA ANA**

1. ¿Con que finalidad solicita usted que se decretan medidas cautelares a favor de su cliente?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia solicita usted?
3. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea el que se decrete a su favor una medida cautelar?
4. ¿Qué efectos jurídicos produciría el que el juez no decrete la medida cautelas que usted ha solicita

(ANEXO 3)

Universidad de El Salvador

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A JUECES DE LO CIVIL Y MERCANTIL EN LA CIUDAD DE SANTA ANA

1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?
3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?
5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?

(ANEXO 4)

Universidad de El Salvador

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A JUEZA DE LO CIVIL DE LA CIUDAD DE AHUACHAPAN

1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?
3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?
5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?

(ANEXO 5)

Universidad de El Salvador

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

**ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A JUEZ DE LO CIVIL EN LA CIUDAD
DE SONSONATE**

1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?
3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?
5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?

(ANEXO 6)

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

**ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A JUEZ DE LO CIVIL DE LA
CIUDAD DE METAPÁN**

1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?
3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?
5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?

(ANEXO 7)

Universidad de El Salvador

Facultad Multidisciplinaria de Occidente

Departamento de Ciencias Jurídicas

Decimo Sexto Proceso de Grado

Entrevistadores:

Br. García Delgado Edwin Lamberto

Br. Guerrero Vega Jessica Yamileth

Br. López Alarcón Maryori Estefani

Br. Ramírez Figueroa Mélanny Zuleyma

**ENTREVISTA A PROFUNDIDAD DIRIGIDA A JUEZ DE LO CIVIL DE LA
CIUDAD DE CHALCHUAPA**

1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?
2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?
3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?
5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?

CUADRO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN EN LOS JUZGADOS DE LA ZONA OCCIDENTAL DEL PAÍS (ANEXO 8)

PREGUNTAS	JUEZ PRIMERO DE LO CIVIL Y MERCANTIL	JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL Y MERCANTIL	JUEZ TERCERO DE LO CIVIL Y MERCANTIL
<p>1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?</p>	<p>En la práctica raras veces uno se encuentra que se solicitan medidas tal vez por la naturaleza de los procesos, sin embargo la finalidad de las medidas cautelares como su palabra lo indica es tratar de que en una eventual sentencia no se vulnere derechos, por eso es que los abogados solicitan pocas veces las medidas cautelares y lo hacen para que los abogados necesitan asegurar esa prueba por ejemplo el secuestro, el embargo por que eventualmente puede ser que eso se pierda; la eficacia va encaminada a eso a salvaguardar, muchas veces va encaminada a los objetos de litigio. Lo que se trata con las medidas cautelares es evitar que la sentencia sea ineficaz o que al final sea un fallo estimatorio pero en papel, es decir, que lo que se está reclamando ya se ha perdido.</p>	<p>Las medidas cautelares son eficaces, desde que es aceptada porque tienen la capacidad de lograr el efecto logrado que para este caso es asegurar la efectividad o el cumplimiento de una eventual sentencia {...} hay casos en los cuales son necesarias pedir las pero hay abogados que no las solicitan porque no saben la forma de cómo hacerlo o qué medida cautelar es la conveniente, si fuera abogado en el ejercicio de la profesión yo la pediría cuando lo amerite, porque a veces el litigante menosprecia la capacidad de la medida cautelar y eso le puede afectar su pretensión principal, incluso podría decirse que pudiera llegar a una inutilidad de haber entablado un proceso {...} por lo que si son eficaces porque logra el objetivo por lo menos en los casos que nos han pedido de proteger los bienes inmuebles, comentario a parte es lo que muchos me dicen medida cautelar el embargo, es una medida cautelar cierto, aparte porque se tiene a creer que es parte en un proceso ejecutivo, es cierto que es una medida cautelar, pero el embargo tiene tres matices en nuestro proceso, uno podría ser dentro del proceso</p>	<p>Una vez aplicada, tiene la efectividad que la ley establece {...} en este tribunal el caso que con frecuencia se da es el embargo de bienes este es efectivo una vez decretado, el problema está en que es lo que no podemos embargar y como embargar pero una vez aplicada la medida cautelar es obviamente efectiva, por ejemplo una anotación preventiva de la demanda es una medida cautelar y surte el efecto que la ley establece a partir desde que se inscribió la consecuencia aquí es que, desde que se inscribió ya no puede estar en el comercio, cualquier movimiento que se realice después de inscribirla ya no va a tener ningún efecto jurídico, entonces quizá tendría que hacerse la diferenciación, una medida cautelar una vez materializada es efectiva, ahora donde hay problemas es que a veces solicitan una medida que no se puede materializar {...} reitero que es efectiva una vez se materializa, en conclusión una vez materializada logra su finalidad.</p>

		<p>ejecutivo, que en sentido amplio es una medida cautelar pero dentro del proceso no lo es, está el embargo preventivo por ejemplo que es una medida cautelar, que se puede pedir y está el embargo ya en la ejecución forzosa, que se parece mucho al embargo del ejecutivo, el embargo está regulado para las tres figuras, el embargo no cabe en un solo capítulo está seccionado.</p>	
<p>2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?</p>	<p>El embargo que se da en el proceso ejecutivo, si nos vamos a los procesos comunes donde eventualmente mucho se da, donde se atacan lo que es la nulidad de instrumentos de propiedad o de inmueble, eventualmente que lo que más se solicita es la anotación preventiva de la demanda porque ocasionalmente lo que se busca es que el inmueble que se disputa no vaya ser un acto traslativo de dominio. El secuestro de bienes, el embargo preventivo de bienes... El código procesal civil nos da un catálogo que no es cerrado, el catálogo es bien abierto por qué no puede estar cerrado y cada caso tiene su</p>	<p>La anotación preventiva por excelencia, el embargo también, pero el embargo quitándolo del proceso ejecutivo, pero son muy contados estos casos en los que nos piden el embargo como medida cautelar, pero la mayoría lo que nos piden es la anotación preventiva en el respectivo Registro, incluso hasta la intervención judicial la han pedido, pero la han concebido como que si fuera embargo, aunque no entra como medida cautelar propia... y el hecho es que no nos soliciten medidas cautelares a menudo es como les decía anteriormente, que a veces los litigantes no saben qué medida solicitarnos o piensan que no lo amerita para el caso, tomando en cuenta también, que en los municipios de Santa Ana no hay vida industrial, a comparación de otros sectores de El Salvador en donde hay actividad comercial, incluso me</p>	<p>La más frecuente, es el embargo de bienes y la anotación preventiva de la demanda, son las únicas dos que se dan con más frecuencia.</p>

	<p>propia particularidad.</p>	<p>atrevería a decir que son bastante activos económicamente como por ejemplo San Salvador, Santa Tecla, San Marcos, Antiguo Cuscatlán, Soyapango, y también en oriente; en donde ahí si son necesarias las medidas cautelares por la fluctuación del comercio a diario que, por lo tanto en esta ciudad no se ve la necesidad de solicitarlas en materia mercantil...prácticamente nos solicitan una medida cautelar en materia civil.</p>	
<p>3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?</p>	<p>Eventualmente pudiera suceder que cuando se está intraproceso uno tiene conocimiento de las eventualidades que se tiene en ese proceso porque algunas veces para solicitar la medida se dan en el mismo proceso por lo que podría decir que es la medida adecuada para que se dé una medida cautelar, pero también están los casos que la medida cautelar se da afuera del proceso, sin embargo, lo que no puedo pensar que se pueda desvincular de ese proceso porque esa medida va dirigida a ese proceso.</p>	<p>Si cuando lo regularon aquí yo tenía mis dudas {...} pero yo entendí la razón, que es lo que tiene que ver más que todo con los recursos, es decir, al hacerlo por separado no se corre el riesgo que el juicio principal esté con atrasos procesales, por ejemplo al interponer el recurso de apelación {...} si hay una apelación contra la medida cautelar por aparte al proceso principal, habría un retraso en el proceso y además no es muy conveniente, también de que la apelación difiera hasta la sentencia con una medida cautelar, primero debe darse el tratamiento rápido, para resolver el problema inmediato, que sería la medida cautelar, y más que todo porque va a influir en el proceso principal, por lo que no es conveniente diferir eso, que se acumule con una apelación de la sentencia, y si difieren entre ellos eso no tendría sentido, yo considero que es mucho</p>	<p>En cuanto a la conveniencia y finalidad del legislador ha sido como imperfecta al desarrollo del proceso principal la mayoría de medidas no entorpecen el desarrollo del proceso porque son de aplicación inmediata ahora en algunos casos en donde el tramite puede verse afectado si es conveniente desglosar pero la norma expresa nos dice que van a tramitarse por separado, pero esa idea de aplicar la norma aisladamente no la comparto porque no se va a lograr la finalidad principal que sería de evitar el entorpecimiento del proceso principal es más conveniente llevarla dentro del mismo proceso, se da el caso de medida cautelar que se</p>

		<p>mejor {...} debe de pedirse por separado, cuando uno le requiere eso es precisamente por una parte para cumplir con una formalidad, porque el código así lo exige, sino que también se pide porque el demandado no se debe de dar cuenta, porque al momento de emplazar se le da copia de la demanda y de toda la documentación anexa y si dice en la demanda medida cautelar el demandado pudiera hasta traspasar el inmueble {...} al inicio habían problemas porque la Secretaría Receptora de demandas los enviaban a otros juzgados, la medida cautelar en uno y la solicitud en otro, no es que la ley lo diga, pero es más conveniente que se trate en el mismo juzgado, por lo que hemos optado por medidas administrativas, para que el mismo juzgado conozca la medida cautelar como el proceso, para evitar esa dualidad de criterios.</p>	<p>tramitan por separado pero esto dependerá del tipo de proceso que sea, este tribunal es del criterio que no es necesario hacerlo en pieza aparte porque si se dan todos los presupuestos en que va a entorpecer.</p>
<p>4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?</p>	<p>Una de las consecuencias jurídicas, si lo queremos ver por la parte actora, que es quien la pide, por supuesto que es favorecerle en su pretensión porque lo que busca es salvaguardar por ejemplo un inmueble. Hacer</p>	<p>Bueno una consecuencia es la no modificación de lo que es la posesión del dominio en la petición de los bienes, en algunos casos especialmente los que mencionamos de la anotación preventiva que el bien se salvaguarda para que esté disponible a la parte, para una pronta ejecución forzosa, aunque algunos casos no llegamos a una ejecución forzosa como tal, porque también está en la doctrina lo que es la ejecución impropia,</p>	<p>Aquí depende de la medida cautelar que sea en términos generales al que recaea la medida pero en el catálogo del artículo 436 del Código Procesal Civil y Mercantil, para el caso de la intervención o la administración judicial de bienes productivos aquí el efecto será que habrá un interventor administrando determinados bienes, es decir que la otra</p>

	<p>efectivo a la larga la protección de esa persona. Para la parte demandada la consecuencia jurídica es que se vea afectada en sus derechos de contenido patrimonial.</p>	<p>como la nulidad de compraventa, como falsificación de firma, para salvaguardar más que todo los inmuebles, porque a veces no se logra la ejecución como tal, sino que por ejemplo se declara la nulidad de una compraventa, de un inmueble, no es necesario pasar una ejecución, sino que la consecuencia como tal es mandar el oficio al registro, se modifique el asiento y se cancele, para dejar las cosas como estaban antes que sucedieran, esa medida cautelar va a permitir que se satisfaga lo que es en el caso que gane el demandante por ejemplo, digamos la utilidad que puede tener, de que sea eficaz recuperar el bien que había sido alterado con vicios su dominio, y si el demandado es el victorioso, que no era falsa la firma, y que no actuó de mala fe, de alguna manera se salvaguarda el derecho a la parte demanda para evitar cualquier tipo de alteraciones, la medida cautelar va mas allá del demandante, sale beneficiario de alguna forma, al demandado se le restringe su derecho de dominio pero todo debe estar fundamentado, razonable que haya requisitos idóneos para hacerlo, pero más que todo es para proteger los interés del demandante.</p>	<p>persona o sea sobre la cual recae la medida no podrá disponer de las ganancias que le generen esos bienes tendrá un controlador de lo que ingresa entonces el efecto en este caso es de tipo administrativo. Ahora bien en el embargo preventivo de bienes como le quitaron el bien no puede disponer de el, aparte que vemos en el Código Civil como objeto ilícito la venta de bienes embargados entonces si embargan un bien el efecto es que lo saca del comercio legítimo, este es el efecto para la parte sobre la cual recae la medida, en el caso de la parte que solicita la medida aquí ya no sería efecto de la medida cautelar sino que sería el efecto, ya que para el solicitante no tiene ningún efecto, puesto que yo como solicitante de una medida cautelar no me afecta en nada, puesto que yo la solicito con una finalidad de obtener garantía de que se pueda ejecutar, pero efecto o consecuencia que acarrea para mí como solicitante no hay ninguna Pero la parte solicitante lo que pretende lograr es la efectividad de una decisión {...} es decir, en alguna manera le limita al otro la</p>
--	--	---	--

			<p>posibilidad de disponer de ese patrimonio que ha sido afectado.</p>
<p>5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?</p>	<p>El código nos establece ciertos presupuestos procesales sin los cuales uno como juzgador no puede llevar adelante lo de las medidas cautelares, pues ya están constituidos cuales son los requisitos. Uno de ellos es la apariencia del buen derecho que indica que la parte debe de establecer que tiene el derecho subjetivo sobre lo cual está reclamando. El solicitante debe de justificar que son necesarios para la protección de sus derechos, el solicitante deberá acreditar en forma adecuada la buena apariencia de su derecho, y esto se justifica en la solicitud. Cada medida cautelar tiene su particularidad. También se debe tomar en cuenta la caución económica que está basado en el objeto del litigio. También debe ser solicitada junto con la demanda lo que no quiere decir que no lo puede hacer de otra forma.</p>	<p>Peligro en la demora, apariencia de buen derecho, caución cuando la ley nos habla de esta, habla como que se debe de tomar en cuenta la capacidad de lo que es una parte, es decir de la parte que lo pide, pero es bien difícil porque uno no tiene información fidedigna, solo tiene lo que le dice las partes, porque por ejemplo puede venir una persona con apellido famoso y pueda que esta no tenga capacidad económica, o una persona que no aparenta condición económica y si la tenga...debe de ser una cantidad razonable ni muy baja por el valor del inmueble o mueble que se quiere proteger, como ese dinero serviría para compensar daños que pudieran sufrir las cosas, y ni muy alta a modo de obstruir con la justicia... hacer la solicitud por separado que debe ser con forma parecida a la demanda, es decir que lleve los datos básicos, como las generales de las partes, actuar mediante apoderado porque ahora es una obligación, fundamentar el cumplimiento de los requisitos.</p>	<p>El artículo 433 de Código Procesal Civil y Mercantil, nos da los parámetros encontramos, la necesidad y proporcionalidad, pero no está en estricto sentido de utilizar el término del artículo 433, pero si en toda medida cautelar independientemente la naturaleza que sea siempre se habla de dos presupuestos procesales, en latín se utiliza el fomis bonis iuris y el periculum in mora, ya traducido es el peligro o frustración del proceso entonces estos son los parámetros de no adoptarse la medida cautelar las resultas del proceso van a verse afectadas en el sentido de que no se va a poder materializar el resultado.</p>

<p>6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?</p>	<p>La apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.</p>	<p>No todos están en el código porque no son taxativos, el principio de acceso a la justicia para mí es el primero es más es un principio constitucional, que tiene relevancia procesal, el de legalidad obvio, aun el de defensa y contradicción más que todo por lo que dice el art 4 inciso 2 que dice: En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes...el principio dispositivo porque todo es a petición de parte, es cierto que hay un impulso oficioso pero lo que trata es de darle trámite procesal, ósea provocar la actividad procesal, y si las partes no piden no se le puede dar el impulso, el principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, porque la medida cautelar tiene mucho que ver porque se parte de la buena fe del solicitante, porque ellos dan el incidió de apariencia de buen derecho y peligro en la demora sobre el bien en que va a recaer, porque más que todo es la palabra del demandante porque no es una forma tangible de comprobarlo inmediatamente parte de eso es la buena fe que uno piensa que el apoderado debe de tener... principio</p>	<p>En realidad se dan casi todos los principios, encontramos el principio de legalidad, puesto que no puedo adecuar una medida cautelar que la ley no me faculta adoptar en un caso concreto, el principio de proporcionalidad que no está regulado en el código como tal, pero si es un principio muy indispensable en toda medida cautelar, en el sentido que no vaya a dictar un medida tan gravosa {...} y luego el principio que se ve de alguna manera minimizado es el principio de contradicción incluso el principio de defensa, ya que la ley faculta que las medidas cautelares se materialicen sin oír a la parte contraria, entonces esto en alguna medida minimiza las posibilidades de defensa previa, ahora una vez, materializado y al otro se notifica de las medidas puede usar cualquier mecanismo de control pero obviamente debe estar justificado por el éxito de la medida, porque si se hiciera a la inversa cualquiera ocultaría bienes o daría cualquier medida tendiente a evitar verse afectado por la decisión que le han notificado antes que</p>
--	--	--	--

		<p>de dirección y ordenación del proceso, porque uno está obligado a darle directrices al abogado incluso pueden haber prevenciones si la solicitud no cumple con los requisitos de forma, y la prevención para mí tiene un objetivo puramente de ordenación incluso puede considerarse como un auxilio para los abogados, aunque muchos abogados lo ven como un obstáculo pero es de tener en cuenta de que el juzgador no debe de caer en la imparcialidad solo darle las ideas.</p>	<p>se le materialice, de allí pues que justifica sustentado siempre en la eficacia del proceso, en el acceso a la jurisdicción, en el derecho a la pronta y cumplida justicia ya que no será cumplida si no se logra materializar la medida cautelar, entonces todo esto justifica adoptarla de forma sorpresiva porque no se la está esperando la persona cuando viene a sentir le notificaron de una medida pero ya se le ha materializado.</p>
<p>7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?</p>	<p>Como regla general el solicitante de la medida cautelar deberá de prestar la caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar al patrimonio del demandado y la cautilla de la caución en el Art. 447. Lo que se está pretendiendo es asegurar; lo que se hace es un valúo matemático o una cuestión especulativa de cuáles son los daños y perjuicios que se le pueden causar a la persona al decretar la medida cautelar, me estoy refiriendo al demandado y el monto debe ser acorde a la pretensión.</p>	<p>No se puede establecer un porcentaje, porque el juez no es ningún perito para emitir un juicio sobre el valor de un bien, porque el código no establece cuantificaciones para ellos, porque lo idóneo sería al principio tener un valúo fidedigno... porque podría establecerse un perito de parte para ello, porque para algo puede que sirva, pero el perito de parte no sería arbitrario con su valúo, porque sigue siendo perito de parte, entonces no se puede poner un porcentaje, porque si fuera un bien inmueble uno tendría que entrar a evaluarlo, y por las vivencias, sana crítica; uno tiene alguna experiencia, no lo voy a negar que uno mentalmente más o menos sabe el valor de un bien por lo que ponemos un valor a la caución, pero tomando en cuenta quienes son los que demandan, yo</p>	<p>Aquí es bastante subjetivo porque la verdad no hay parámetros definidos ya que el legislador solo estableció que va ser necesaria caución yo considero que hay casos donde no es necesario caución pero por regla general el legislador así lo estableció y si uno como juez hace interpretación literal en todos los casos le va a requerir caución , aparte de eso la finalidad de la caución está prevista como para garantizar los probables daños y perjuicios que resulte de tomar la medida entonces los daños y perjuicios es difícil de medir por eso los parámetros de cada caso en particular se puede analizar como un elevado nivel de subjetivismo ya que</p>

	<p>Depende de la discrecionalidad de cada juez; lo que el juez hace es un análisis subjetivo. Dentro del punto del proceso se puede hacer en la valoración del monto, se debe de basar en un juicio de proporcionalidad.</p>	<p>generalmente no las pongo altas, puede parecer hasta simbólica en algunas veces, a menos que tenga información bastante certera sobre la capacidad y sobre el bien que se está peleando.</p>	<p>queda prácticamente al criterio y arbitrio de cada juez el aceptar una determinada caución o en su caso requerir una más elevada cuando le parezca que no es proporcional, aparte de esto la naturaleza en si de lo que esta disputa normalmente son cuestiones patrimoniales que tienden a generar confusiones {...} por el hecho que no debe de tomarse de parámetro la cuantía que se está desquitando, porque no es eso lo que se pretende garantizar porque lo que se pretende es garantizar la reparación del daño al que resulte perjudicado el mero hecho de ir a un proceso no es lo que se pretende garantizar con la caución porque para garantizar las resultas del proceso estarán los daños y perjuicios que se pueden reclamar.</p>
<p>8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?</p>	<p>Considero que protege el derecho a la propiedad, el derecho al acceso a la justicia.</p>	<p>Si cumple, porque protege el derecho a la propiedad y el derecho al acceso a la justicia, porque si la medida cautelar no se da, no se pide o no se otorga va quedar en un juicio posiblemente burlado, o se va queda sin poder satisfacer el derecho que realmente le corresponde, porque el juez debe de resolver en base a la justicia, y uno de debe de tomar ciertos elementos ya puramente procesales.</p>	<p>En realidad la finalidad de la medida no es tanto proteger un derecho, la finalidad de la medida es mas de naturaleza procesal garantizar la eficacia de la decisión que en algún momento se adopta siempre y cuando esa decisión sea favorable al que promovió un proceso, pero si es desfavorable no habrá logrado esa finalidad se absolvió al</p>

			<p>demandado y ya la medida cautelar hay que levantarla de inmediato y no tuvo ningún efecto, ahora cuando el resultado es favorable al demandante y logra la finalidad que se quiere garantizar la ejecutabilidad de esa sentencia que también es un derecho que él tiene a que se ejecute hasta aquí si se podría hablar de finalidad de proteger un derecho, la finalidad de toda medida en cualquier materia que sea es garantizar los resultados del proceso, o sea garantiza lo que dice en la sentencia para ejecutarse.</p>
<p>9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?</p>	<p>Si prueba que no tiene capacidad se le puede eximir de rendir caución, también se le puede imponer una caución aunque sea simbólica. Es una garantía que se puede reclamar por una tercera persona o rendir sobre un mueble o inmueble si se da el caso.</p>	<p>Yo la cantidad que pido es simbólica, hay casos en los que me han dicho yo no puedo pagar eso, yo considero la situación económica por la que atraviesa el país, pero uno también debe de evaluar en sí quien es la persona que la está pidiendo {...} incluso ahí se debe de pedir recurso de revocatoria para atacar la resolución, uno no se puede guiar por la apariencias sino que me deben de demostrar que no tienen la suficiente capacidad para cumplirla y uno parte de la buena fe de las partes {...} aunque no necesariamente debe de rendirse una caución puramente económica porque esta puede estar constituida por una garantía como por una</p>	<p>Si el juez considera que necesita que rinda caución y no tiene capacidad económica lo más seguro es que lo van a denegar, pero queda al arbitrio de nosotros como jueces decidir del monto de la caución, ahora no solo es de palabra decir que no tiene sino que habrá una actividad probatoria para dejar claro que no tiene capacidad económica.</p>

		fianza, hipoteca, incluso hasta por un bien mueble {...} como juez uno debe de buscar formas para darle cumplimiento a la ley, eso sí que formas legales, que no vaya en contra de la ley, por lo que en casos en donde definitivamente no hay forma de dar una caución las personas pueden quedan exentas de no darla, pero esto debe de comprobarse {...} por los que no las pongo altas porque no quiero que sea un obstáculo a acceder a la justicia.	
--	--	---	--

CUADRO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN EN LOS JUZGADOS DE LA ZONA OCCIDENTAL DEL PAÍS

PREGUNTAS	JUEZ DE LO CIVIL DE CHALCHUAPA	JUEZ DE LO CIVIL DE METAPÁN	JUEZ DE LO CIVIL DE AHUCHAPAN	JUEZ DE LO CIVIL DE SONSONATE
1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?	Por parte del tribunal son de eficacia inmediata, puesto que al admitirse una demanda y ser solicitada la misma, esta es dictada, no obstante será a costa de la parte solicitante la efectividad que se le pueda dará la misma, puesto que el tribunal libra los oficios correspondientes una vez dictada , e incluso la parte muchas veces señala los bienes dependiendo de la medida que se trate {...} Por parte del tribunal	Son eficaces; esto porque en las regulaciones contenidas a partir del Art. 431 CPCM, se advierte que el propósito del legislador fue que cuando se diera una sentencia estimatoria se asegure la efectividad y	La eficacia de una medida cautelar se consagra desde el momento en que es admitida por el juez, ya que surte efectos para las partes, de diferente forma, pero a final de cual cuenta	Para mi resulta muy efectivo, el problema es que ahora como en algunos casos se pide que se rinda caución, hay gente que por no rendirla mejor no pide la medida cautelar, eso es lo que sucede en la práctica

	<p>son eficaces pues se tienen plazos para resolver, entonces la eficacia si se da, y también se vuelve efectiva cuando la parte pone de su parte para que pueda darse {...} Por parte del tribunal son de eficacia inmediata, puesto que al admitirse una demanda y ser solicitada la misma, esta es dictada, no obstante serpa a costa de la parte solicitante la efectividad de la aplicación de la misma por ejemplo un decreto de embargo, una anotación preventiva, un secuestro cuando son las partes las que tienen que diligenciarlo bajo la dirección del juzgado</p>	<p>cumplimiento de la misma; tan es así que no obstante que el art. 436 CPCM da un catalogo de medidas cautelares, el siguiente artículo expresa que se podrán adoptar otras medidas que se consideren necesarias</p>	<p>surte efecto, a uno beneficiándolo y a al otro afectándolo.</p>	<p>que por el requisito que establece la ley de rendir la caución la gente desiste de pedir la medida cautelar; pero si se solicita esta es muy efectiva y eficaz.</p>
<p>2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?</p>	<p>El art. 436 establece una serie de medidas, nos habla del catalogo de medidas que pueden dictarse, son 8, las que más se aplican son el embargo, el secuestro y las anotaciones preventivas de la demanda {...} No obstante que el art. 436 CPCM, establece una serie de medidas cautelares, las que más se aplican dentro del tribunal son el embargo, el secuestro y la anotación preventiva de la demanda y otras anotaciones registrales.</p>	<p>EL embargo y anotaciones preventivas de demanda.</p>	<p>La más frecuente es el embargo, es la más común, las demás no suelen solicitarse en caso que se soliciten la que se da en segundo lugar es la anotación preventiva de la demanda, en los casos que yo he tenido y que he conocido han sido tres o cuatro casos que se solicita la anotación preventiva de la demanda, pero el que más se da en este tribunal es el embargo se da casi en todos los proceso</p>	<p>La anotación preventiva de la demanda y el embargo son los más solicitados en este juzgado.</p>

			ejecutivos.	
3. Según su juicio ¿Como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado con anterioridad?	Las medidas cautelares no son aplicables a un proceso que no se haya iniciado... mientras no esté iniciado un proceso no puedo dictar una medida cautelar, no podría venir a solicitarme la aplicación de la medida cautelar sin antes haber iniciado el proceso correspondiente, presenta la demanda y dentro de ella solicita la medida cautelar {...} Este juzgador considera que las medidas cautelares no son aplicables a un proceso que no se ha iniciado , en virtud que la medida cautelar es un acompañamiento para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiera otorgarse en una sentencia.	No es conveniente, pues se desnaturaliza la razón de ser de las medidas cautelares	En la experiencia que yo tengo se da en el mismo proceso, por pieza aparte en la práctica casi no funciona porque en las medidas cautelares que yo les mencione como el embargo y la anotación preventiva de la demanda, se dan dentro del mismo proceso, es más si es la anotación preventiva previo a admitir la demanda se hace la anotación preventiva y hasta que ya está anotada se procede a resolver lo demás que considere pertinente, o sea es como un acto previo, según la teoría el proceso de decretar la medida cautelar es aparte pero en la práctica en este tribunal no he visto ningún caso, generalmente es dentro del mismo proceso	Nosotros en este juzgado la tramitamos por separado, nosotros todas las anotaciones preventivas y todo lo que es medida cautelar los tramitamos por procesos separados, aunque algunos jueces lo tramitan junto porque la ley lo permite. Nosotros la tramitamos por separado porque el trámite es distinto al del proceso.
	Que la parte solicitante tiene certeza de la efectividad en su petición y la otra parte		Es que en sí para el	Se puede dar el caso que la gente enajena los bienes

<p>4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decreta una medida cautelar para las partes intervinientes en el proceso?</p>	<p>es que no puede hacer uso de su derecho previendo la posible ejecución de la sentencia, la persona que solicita una medida cautelar y se le accede decretársela el desde un principio esta sabedor que de una posible sentencia estimativa tendrá asegurada la cosa, y la persona que se le aplica deja de hacer uso y goce {...} La consecuencia inmediata de las medidas cautelares , es que la parte solicitante tiene certeza de la efectividad de su petición , y la parte a la cual se le ha solicitado, es que no puede hacer uso de su derecho, previendo la posible ejecución de la sentencia.</p>	<p>a)Que se asegure el cumplimiento de una decisión judicial y b) Que la parte demandada sepa que se ha restringido algún derecho que le sea propio</p>	<p>solicitante no tiene ningún efecto, ya que la consecuencia la vamos a ver que se da hasta el final, ya cuando exista una sentencia y se tenga la certeza de la parte que tiene la razón, en el caso la parte afectada, es decir, sobre la que recae la medida cautelar su consecuencia es que dejara de poseer el bien o derecho y se va a ver afectado debido a que este no cumpla con su obligación de manera voluntaria.</p>	<p>sabiendo que exista un proceso, entonces con la medida cautelar no se puede enajenar. Con la medida cautelar se garantiza de que el proceso, el inmueble o el estado jurídico de las cosas permanezca intacto, es decir, que no se pueda modificar, es una garantía de la parte que lo solicita. Para la parte demandada no hay ningún efecto porque por ejemplo si en el proceso el demandado sale absuelto, la notación preventiva se manda a cancelar y el inmueble queda en el mismo estado en el que estaba, no queda afectado toda la vida.</p>
<p>5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida</p>	<p>El art. 432 CPCM, nos establece que estas son a instancia de parte (lee el artículo) deben estar justificadas , debe haber una valoración si el juez considera que no es aplicable, no las dicta {...} Según lo establecido en el Art. 432 CPCM</p>	<p>Que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional</p>	<p>Generalmente que la ley la establezca, ya que la ley da los requisitos esenciales de admisión {...} uno como juez</p>	<p>Nosotros los requisitos que pedimos son los del Art. 445 CPCM, porque es como una solicitud, nosotros no les exigimos tanto,</p>

cautelar?	dichas medidas se decretaran a petición de parte , bajo su propia responsabilidad , no otorgándose otras más gravosas de las que sean solicitadas y el juzgador podrá decretarlas cuando estén debidamente justificadas y sean indispensables para la protección de un derecho.	Art. 437 del CPCM	no solamente ve la legalidad sino que sea viable y que funcione porque a veces eso es lo que pasa que no le funciona la medida cautelar.	solo debe de llevar los requisitos de forma, por ejemplo que me diga que está tramitando un juicio tal, especificar la clase de proceso que va a iniciar, es decir, llenar con los requisitos formales, tiene que tramitarla con el tribunal competente, se le hace un examen como una demanda.
6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?	Principio de protección jurisdiccional, legalidad, principio de defensa y contradicción, principio dispositivo, aportación, veracidad lealtad buena fe y probidad, en fin del uno hasta el dieciséis solo el dos o tres quedan fuera {...} Principio de protección jurisdiccional, de legalidad, defensa y contradicción, dispositivo, aportación, obligación, de colaboración; veracidad lealtad buena fe y probidad procesal , dirección y ordenación del proceso, y el de gratuidad de la justicia.	Son aquellas contenidas en el libro primero, principio del proceso y regulados a partir del artículo 1 al 16 CPCM	Vemos el Principio de la Protección de los derechos de la parte demandante en cuanto a no verse frustrado en su resultado de la sentencia estimativa este es el más fundamental, pero también está el de igualdad de las partes en el proceso	El principio de igualdad es el único que no se aplica, pero se aplica el principio de legalidad, de aportación, en conclusión no se aplica el de igualdad ni el de oralidad porque no hay audiencia. Principios del 1 al 4. 6, 7, 12, 13, 14, 15 y 16. Se dan todos los principios rectores.
7. ¿Cuáles son los parámetros	Debe ser de conformidad al Art. 432 CPCM relacionado con el	Que la caución sea equivalente, equitativas y	Generalmente en los pocos casos que este tribunal ha tenido que resolver, en cuanto a que cantidad que se le va a fijar a la	Los parámetros serian que exista una demanda o que se vaya a entablar una demanda, la competencia. Los

<p>utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?</p>	<p>446 CPCM y dependiendo del tipo de proceso que se esté ventilando</p>	<p>suficiente para garantizar el resarcimiento de daños y perjuicios.- Art446 CPCM</p>	<p>parte tiene mucho que ver dependiendo de qué clase de medida se vaya a fijar lo que se ven realidad es la utilidad económica de la parte que va a rendir la medida cautelar más que todo el único requisito que se ve es eso {...} lo que se ve en general es lo económico, ya que si es personal lo económico, si es patrimonial lo económico todo irá en razón para decretar la cuantía aquí no hay un porcentaje establecido, se analiza cada caso, en conclusión es personalísimo.</p>	<p>establecidos en el Art. 447 CPCM y el Art. 448. Se puede ofrecer en efectivo, cheque y garantía bancaria. Al cantidad dependerá de las resultas del juicio, nosotros no le ponemos ni la tercera parte del total, es en base al total del litigio. Se puede eximir de la caución pero tiene que probarlo</p>
<p>8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?</p>	<p>Si, a criterio de este juzgador considera que la medida cautelar es efectiva en la protección de un derecho.</p>	<p>Si, de eso se trata la figura de la medidas cautelares</p>	<p>Si cumple que protege tanto el derecho del demandante como el del demandado generalmente lo solita la parte demandante en la mayoría de casos {...} considero que si cumple con la finalidad de proteger un derecho generalmente patrimonial.</p>	<p>Si cumple con la finalidad de proteger un derecho porque como les explicaba al principio que se inicia el juicio donde se puede enajenar un bien entonces la medida cautelar garantiza la protección de ese bien, también lo garantiza el demandado por que en las</p>

				resultas del juicio se le paga el perjuicio, es decir, es garantista para ambas partes.
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?	Se resolverá conforme al Art. 448 CPCM en cuanto que el juez puede eximir de la prestación de caución al solicitante, del cual hasta este momento no se ha presentado ningún caso en este tribunal.	Hacer una valoración de la capacidad económica de la parte solicitante de la medida cautelar, de conformidad a lo que establece el art. 448 CPCM	Si no puede como juzgador nos vemos atados de manos, pero siempre debe de demostrar que no puede con actividad probatoria que se dará dentro del proceso.	Se le da cumplimiento al Art. 448 CPCM y tendría que probar que es de escasos recursos. A nosotros cuando nos piden que los eximamos de la caución les prevenimos que explique el por qué no pueden rendirla porque hay que comprobarla.

CUADRO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN DE ABOGADOS LITIGANTES DE LA ZONA DE SANTA ANA (ANEXO 9)

PREGUNTAS	INFORMANTE NÚMERO UNO	INFORMANTE NÚMERO DOS	INFORMANTE NÚMERO TRES
			Porque las medidas cautelares son de beneficio para mi cliente en el proceso que se lleva a cabo, ya

<p>1.¿Con que finalidad solicita usted que se decretan medidas cautelares a favor de su cliente?</p>	<p>Cuando solicito una medida cautelar lo hago con la finalidad de que le sirva como una garantía a mi cliente, de lo que se trata es que se le asegure a mi cliente el cumplimiento de lo que está exigiendo cuando se dicte sentencia.</p>	<p>Estas se solicitan buscando que mi cliente este protegido durante el proceso; de tal manera que, si resultare un sentencia estimativa a su favor, este pueda hacerla efectiva sin ningún atraso, de esta manera también se evita la mala fe de la parte a la que se demanda al prácticamente asegurar el objeto del litigio.</p>	<p>que con la aplicación de una medida cautelar lo que pretendo es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia, asegurar el objeto de litigio, salvaguardarlo, que este no corra el riesgo de perderse o dañarse, que a final de cuenta disminuiría su valor {...} Por lo que se debe de analizar el causa para poder saber qué medida es la más adecuada, la que sea más viable para proteger el bien mueble o inmueble objeto del proceso, ya que como apoderado de mi cliente debo velar porque se le respeten tanto sus derechos como garantías procesales, que al salir como victoriosos dentro del proceso y al restituirse el bien este se encuentre en óptimas condiciones.</p>
<p>2.¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia solicita usted?</p>	<p>Las que más pido son el embargo, la anotación preventiva y muy pocas veces el secuestro de bienes.</p>	<p>Esto depende del proceso que mi cliente necesite iniciar, así será la medida cautelar que en determinado momento podemos solicitar al tribunal competente, siempre buscando que la salvaguardar del derecho o del bien sobre el que recaerá la medida que solicitemos sea la más idónea.</p>	<p>Dentro del amplio catálogo de medidas cautelares que el Código Procesal Civil y Mercantil enuncia, las que más solicito es el embargo, pero no el embargo en un proceso ejecutivo civil o mercantil, ya que este es inherente a dicho proceso, sino que un embargo en general, cuando la situación del proceso lo amerite claramente {...} y la anotación preventiva de bienes,</p>

			<p>que es la que más solicito en los procesos declarativos comunes que he llevado a cabo, para proteger que el bien inmueble no se enajenado.</p>
<p>3. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea el que se dicte a su favor una medida cautelar?</p>	<p>La principal consecuencia es que le sirve a mi cliente como una manera o forma de asegurarle el cumplimiento de lo que posteriormente se va a dictar en sentencia, de que no se modifique el estado jurídico del inmueble en litigio por ejemplo.</p>	<p>Una vez el señor juez dicte la medida cautelar que como abogado le he solicitado, se crea un efecto asegurativo para mi cliente, se le da tranquilidad a la persona, pues ya se sabe que si resulta ganador del litigio no habrá problema al ejecutar la sentencia si el demandado no la cumple voluntariamente, y también se afronta con más seguridad y tranquilidad el proceso.</p>	<p>Me da la certeza que el bien en litigio se encuentra protegido mientras el proceso finaliza, es decir, que no se modifica la posesión del dominio de los bienes, que se corra el riesgo de que se pierda el bien, ya que al dictarse una sentencia, mi cliente lo recuperaría, favoreciendo y confirmándose mi pretensión del proceso que he interpuesto, aunque esto implicaría que a la parte demandada le genere una afectación en su contenido patrimonial, todo esto viéndolo desde el punto de vista de proteger los derechos del demandante, no obstante que si fuera apoderado de la parte demandada y sé que existe posibilidad de que el bien en litigio sufra de pérdida o daño antes de que se dicte una sentencia, claro está que puedo solicitar la medida cautelar fundamentándola debidamente, ya que el Código no expresa</p>

			<p>literalmente que la medida cautelar es solo para la parte demandante, sino que el fin de la medida cautelar es proteger los bienes mientras se dicte una eventual sentencia ya esta estimatoria o desestimatoria, y que esta se cumpla, porque la ley es imparcial únicamente busca la justicia, aunque en la práctica normalmente quien solicita la medida cautelar es la parte demandante porque es la que se ve afectada en sufrir la pérdida o daño del bien.</p>
<p>4.¿Qué efectos jurídicos produciría el que el juez no decrete la medida cautelas que usted ha solicitado?</p>	<p>Considero que el mayor efecto o desventaja que esto acarrearía es que deja en indefensión a mi cliente en el sentido que no se le garantiza el cumplimiento de lo que se decreta en una eventual sentencia, no se le da una garantía.</p>	<p>Pues en caso de que nos denieguen la solicitud, personalmente el efecto inmediato es recurrir dicha decisión judicial, en caso no camine el recurso, pienso que el no decretar una medida cautelar en un proceso donde amerita crea un ambiente de incertidumbre en el proceso.</p>	<p>En el caso de que la medida cautelar cumpla con los requisitos establecidos para poderse solicitar y esta no es admitida produciría un efecto negativo afectando a mi pretensión, por lo que pudiera hasta considerarse como un obstáculo a la justicia y no se demostraría imparcialidad por parte del juez, ya que uno como apoderado de un cliente solicita la medida cautelar es porque uno ha estimado el caso y existen indicios que el bien corra un riesgo, y se solicita para salvaguardar un bien, para proteger un derecho que surtiría efecto en un futuro cercano, por lo que si</p>

			<p>fundamento debidamente la solicitud y por arbitrio o capricho del juez no la admite pudiera interponerse recurso de apelación {...} puede que sea denegada la medida cautelar por no cumplir los requisitos que la ley estable para ser solicitada, pero para eso sea un plazo, para subsanar, o si la medida es solicitada sin fundamento alguno, es decir que no sea necesaria su aplicación no produciría un efecto negativo.</p>
--	--	--	---

CUADRO DE ANALISIS SOBRE LA BASE DE LA METODOLOGIA DE TRIANGULACIÓN DE JUECES (ANEXO 10)

PREGUNTAS	TEORIA DE LOS EXPOSITORES	INFORMANTES CLAVES	ANÁLISIS GRUPAL
<p>1. Según su criterio, ¿Qué tan eficaz es la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil o mercantil?</p>	<p>La medida cautelar está en función de la ejecución eficaz futura, distingue de estas medidas de una serie de cautelares de tipo material o sustancial de naturaleza autónoma que no tienden a asegurar la ejecución de una sentencia futura, sino a realizar la conservación “hic et nunc”, es decir aquí y ahora, en si misma considera e independiente de un proceso. Se refiere a una serie de medidas que adopta el derecho privado, que cabe de darle el calificativo de conservativas pero que no son medidas cautelares procesales. (Remitirse a la página 36)</p>	<p>Todos los jueces entrevistados comparten la idea de que la eficacia de la medida cautelar radica en que una vez se solicitan, y se admite por cumplir los requisitos exigidos por la ley, son decretadas por el juzgador por el cual surten efecto, es decir, que su eficacia es inmediata</p>	<p>Las medidas cautelares son eficaces, pero su eficacia es futura, debido a que mientras no haya una sentencia definitiva solo cumple una función conservativa, la cual es salvaguardar los bienes o derechos objetos del litigio, y al dictarse una sentencia estimativa a favor del solicitante, y la parte contraria no cumple con su obligación de manera voluntaria, la medida cautelar se vuelve eficaz; por lo que la medida cautelar no se puede desligar a una a ejecución forzosa, de tal forma de que si esta no se inicia se levantan las medidas adoptadas.</p>
<p>2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia son solicitadas en este juzgado?</p>	<p>Catalogo de medidas cautelares contempladas en el articulo 436 PRCM. (Remitirse a la página 68)</p>	<p>De los siete juzgados seleccionados, cuatro de ellos los cuales son: Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil, Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil, Juzgado de lo Civil de Sonsonate y Juzgado</p>	<p>No obstante que el Código Procesal Civil y Mercantil consigna un catalogo amplio de medidas cautelares, a través de la investigación de campo realizada se pudo recabar</p>

		<p>de lo Civil de Metapán, principalmente son solicitados el embargo preventivo de bienes y la anotación preventiva de la demanda, y en tres de ellos, es decir, el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil, Juzgado de lo Civil de Ahuachapán y Juzgado de lo Civil de Chalchuapa, figuran tanto el embargo y la anotación preventiva así como el secuestro de cosa mueble, a pesar de existir un amplio catalogo de medidas cautelares definidas en el Código, las demás no son solicitadas porque no hay una necesidad jurídica en los procesos.</p>	<p>información que las medidas cautelares más solicitadas son: el embargo preventivo de bienes, la anotación preventiva de la demanda y el secuestro de cosa mueble, teniendo primacía entre estas la anotación preventiva de la demanda, por lo que la usencia de la petición de las demás medidas cautelares en la zona occidental del país se debe al poco desarrollo del comercio, por lo que no existe una necesidad eminente a la exigencia de aplicarlas.</p>
<p>3. ¿Según su juicio como aplicador de justicia, considera que el proceso de aplicación de una medida cautelar es conveniente que sea tramitado en pieza a parte al proceso civil o mercantil al que se ha iniciado</p>	<p>Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica. En primer lugar, se comparte la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo</p>	<p>Existe una discrepancia en los juzgadores entrevistados ya que en el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil, Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil, Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil, Juzgado Tercero Civil y Mercantil, Juzgado de lo Civil de Sonsonate, Juzgado de lo Civil de Metapán son del criterio que la aplicación de una medida cautelar</p>	<p>El trámite de la medida cautelar debe de hacerse por separado tal como lo establece el Código, pero ello no significa que se vaya a desvincular del proceso principal, debido a que éste es el que lo origina, por lo que el administrador de justicia competente para conocer de la medida cautelar será el mismo que</p>

<p>con anterioridad?</p>	<p>una. En tal sentido, se entiende que a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si se está en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo. La primera de las corrientes reconoce su influencia en CALAMANDREI, autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado.(Remitirse a la página 20).</p>	<p>debe de dársele tratamiento en expediente a aparte al proceso principal, en atención a la literalidad de lo establecido en el Código, es más conveniente y así no existan atrasos procesales ni que se desnaturalice el proceso; mientras que en el Juzgado de lo Civil de Chalchuapa y en el Juzgado de Ahuachapán son del razonamiento de que la medida cautelar debe ser aplicada en el mismo expediente judicial del proceso principal debido a que la medida cautelar no debe de desligarse al proceso principal, el cual es pertinente para ir resolviendo y tener ambos unificados sin temor al peligro de pérdida de uno de ellos.</p>	<p>conoce el proceso principal, ya que ambos procesos comparten identidad de partes y tienen en común el objeto en litigio y no pueden desligarse el uno del otro.</p>
<p>4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que acarrea el que se decrete una medida cautelar para las partes</p>	<p>El efecto para el demandado se encuentra establecido en el artículo 439 del CPCM, el cual se refiere a la inhibición general de disponer, medida prevista para supuestos, en los que el peticionante no conozca</p>	<p>Todos los jueces entrevistados dividieron los efectos jurídicos en dos, es decir, tanto para la parte solicitante como para la parte afectada, Para el caso de los Jueces del Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil, Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil, Juez de lo Civil de Chalchuapa,</p>	<p>Existen dos efectos inmediatos al decretarse una medida cautelar en un proceso determinado, una es para la parte que la solicita consistente en el efecto asegurativo</p>

<p>intervinientes en el proceso?</p>	<p>bienes suficientes del deudor, esta medida se inscribirá en los registros respectivos y tendrá eficacia a partir de esa inscripción. Por la naturaleza de esta medida cautelar en artículo en estudio nos indica la necesidad de que se individualice de la manera más correcta al sujeto inhibido, esto pues a través de las generales que pueda individualizar de manera correcta al deudor. (Remitirse a la página 73)</p>	<p>Juez de lo Civil de Sonsante, Juez de lo Civil de Metapán; para la parte peticionante, es favorecerle en su pretensión en la no modificación del dominio, generándole certeza en la efectividad de su pretensión y aseguramiento del cumplimiento de una decisión judicial. Para los Jueces del Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil y Juzgado de lo Civil de Ahuachapán manifestaron que para la parte solicitante no genera ningún efecto, ya que la consecuencia se da hasta el final del proceso cuando su pretensión es estimada. Y en cuanto a la parte afectada todos coinciden es quien se ve afectado en sus derechos de contenido patrimonial, porque se le restringe su derecho de dominio porque no ha cumplido con su obligación de manera voluntaria, ya que no puede hacer uso del bien o derecho.</p>	<p>del bien o derecho del litigio, en el sentido que si resultare una sentencia estimativa a su favor este no se verá burlado en su derecho, y podrá hacerla efectiva en su ejecución, en caso de ser necesario; en cuanto a la parte en la cual recae la medida, su efecto radica en un inhibición general de disponer de un bien o gozar de un derecho determinado durante el tiempo en que se dirima el proceso hasta que se emita una sentencia.</p>
	<p>Las medidas se justifican, en la necesidad de mantener la igualdad de</p>	<p>Los jueces entrevistados</p>	<p>Debe de cumplir</p>

<p>5. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la solicitud de una medida cautelar?</p>	<p>las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Dicha procedencia queda subordinada en líneas generales y sin olvidar que esto no es cuestión que resuelva ex ante la doctrina ni mucho menos, sino el juez en cada caso concreto a la verificación de ciertos requisitos que son: a)La verosimilitud del derecho invocado (fumus boni iuris)b)El peligro en la demora (periculum in mora). Así mismo la mayor parte de la doctrina considera como un tercer requisito la denominada "Contracautela" Conocido en el medio Salvadoreño como "Caución". (Remitirse a la página 41)</p>	<p>manifestaron que la solicitud de una medida cautelar debe de cumplir con requisitos básicos, de tal forma a que son similares a los establecidos para la interposición de una demanda descritos en el artículo 276 y 417 del CPCM; y en cuanto a los requisitos de forma como se debe de cimentar la apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la rendición de una caución.</p>	<p>con requisitos de forma y fondo, en cuanto a los de forma similares a los que establece el artículo 276 y 417 del CPCM, es decir, que son similares a los de la demanda, y en cuanto a los requisitos de forma debe de cumplir con apariencia de buen derecho, peligro en la demora y la rendición de una caución.</p>
<p>6. ¿Cuáles son los principales principios procesales que se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares?</p>	<p>Principios procesales contenidos en el Código Procesal Civil Salvadoreño (Remitirse a la página 64 y siguientes)</p>	<p>Manifestaron que son aplicables los siguientes Principios: Acceso a la justicia; Legalidad; Dispositivo; Veracidad, Lealtad, Buena fe y Probidad Procesal; Dirección y Ordenación del Proceso; Proporcionalidad; Contradicción; Defensa; Acceso a la</p>	<p>Los principios procesales estipulados en el Código Procesal Civil y Mercantil se cumplen en la aplicación de las medidas cautelares garantizando la efectividad de los derechos inherentes a las partes y el respeto de sus derechos, a excepción de los principios de Oralidad, Audiencia e Inmediación debido a que el tramite que se le da</p>

		Justicia; Aportación; e Igualdad.	a la medida cautelar no se celebra ninguna audiencia, además el art. 453 CPCM nos dice que las medidas cautelares se decretaran sin audiencia de la contraparte. El principal principio aplicado es el de legalidad puesto que todo el tramite y aplicación de las medidas cautelares debe darse conforme a lo establecido en la ley.
7. ¿Cuáles son los parámetros utilizados para aceptar la caución de una medida cautelar solicitada?	La contracautela es una caución exigida al peticionario de una medida cautelar para asegurar el pago de las costas y los daños y perjuicios que pudieran resultar si la medida fuera solicitada sin derecho o con abuso del derecho. Esta caución funciona como "cautela de la cautela", como bien lo explica Calamandrei (aunque el término "contracautela" se debe a la original enseñanza de Chiovenda). Esta caución halla su fundamento en el Derecho Romano, al cual se debe la creación de una amplia gama de cauciones y garantías que eran requeridas en ciertos casos por el pretor o el juez para asegurar la responsabilidad en caso	Los informantes coinciden que en este punto existe un vacío legal, ya que únicamente pone como requisito la rendición de una caución, pero no estableció la forma en la cual se constituiría, por lo que queda a discrecionalidad de cada juez la forma de hacerlo, por lo que manifestaron que no puede establecerse un porcentaje, debe hacerse un análisis subjetivo del proceso, tomando en cuenta la capacidad del solicitante como el bien en litigio la cual deberá de ser proporcional.	El Código Procesal Civil y Mercantil no hace referencia a la cuantía de la caución, ni estableció los parámetros para que el juez la determine, por lo que deja al libre arbitrio judicial el determinar dicha cantidad, usando los parámetros de la sana critica, y evitando los extremos, es decir, caer en cantidades exorbitantes o en otras que no cumplan con su función de garantizar el derecho. El parámetro principal sería que dicha cuantía sea en proporción al bien o derecho del litigio

	de un daño futuro, fuera de un proceso o dentro de él.		
8. ¿A su criterio, considera que la aplicación de una medida cautelar cumple con la finalidad de proteger un derecho?	En términos simples se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por los otros primeros nunca han presentado problemas en la doctrina; los segundos en cambio, han sido objeto de una profunda discrepancia. (Remitirse a pág. 23)	Existe una discrepancia debido a que el Juez del Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil concibe la idea de que no se protege un derecho en sí, sino que la finalidad de la medida cautelar es más de naturaleza procesal, el cual garantizará la eficacia de la decisión que en algún momento se adopta siempre y cuando esta decisión sea favorable al que promovió un proceso, mientras que los demás informantes han manifestado que la medida cautelar cumple con la protección del derecho a la propiedad, derecho al acceso a la justicia y derechos patrimoniales	Las medidas cautelares en si no cumplan con la protección de un derecho, más bien su función es eminentemente procesal, puesto que la finalidad de la aplicación de la medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe dictarse en el proceso principal. Puesto que la aplicación de la medida cautelar no modifica ni toca ningún derecho, simplemente tiene un efecto asegurativo del bien en litigio y privativo para la parte en la cual recae durante el tiempo que dure el proceso.
9. ¿Qué procede cuando la parte solicitante de la medida cautelar no refleja capacidad económica para rendir la caución?	Las causales de exención de la prestación de caución, previstas en el Código contemplan la situación económica del peticionante, como circunstancia habilitante de la exención, solución necesaria y conveniente para mantener el acceso igualitario al instrumento cautelar, que de otra forma podría verse afectado frente a la	Todos los informantes han manifestado que la rendición de la caución es un requisito esencial para la aplicación de la medida cautelar, que normalmente se exige en cantidades económicas, pero esto no inhibe a la posibilidad de que esta pueda rendirse	Si bien es cierto existe el requisito de rendir caución por parte del solicitante, no obstante a eso este requisito se puede exonerar, acreditando con la respectiva documentación la falta de recursos económicos para rendirla,

	<p>parte carente de recursos económicos para solventar la caución. La exoneración no refiere exclusivamente a la situación económica del peticionante o su imposibilidad económica de constituir la caución, sino que contempla una hipótesis más compleja: que la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante sea sensiblemente inferior al de la parte contraria. Lo que en puridad, no es lo mismo que analizar exclusivamente la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante, sino que requiere comparar esa capacidad y potencial con el de la contraparte. (Remitirse página 81)</p>	<p>mediante otra forma media vez no vaya en contra del tenor de la ley, como una fianza, hipoteca, incluso por un bien mueble; porque si el solicitante a pesar de lo anteriormente manifestado no tiene la facultad de poder constituir una caución el mismo Código da la posibilidad de eximir de tal situación el cual deberá de demostrarlo con la respectiva actividad probatoria.</p>	<p>presentada dicha documentación el juez valora el decretar la exoneración, cabe mencionar que esta exoneración es el último recurso del juez, puesto que en algunos casos se puede fijar una caución simbólica, esto dependiendo de cada caso en particular.</p>
--	--	---	--

CUADRO DE ANALISIS SOBRE LA BASE DE LA METODOLOGIA DE TRIANGULACIÓN DE ABOGADOS LITIGANTES

PREGUNTAS	TEORIA DE LOS EXPOSITORES	INFORMANTES CLAVES	ANALISIS GRUPAL
<p>1. ¿Con que finalidad solicita usted que se decretan medidas cautelares a favor de su cliente?</p>	<p>Las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, cual es la de evitar que el transcurso del tiempo que insume todo proceso judicial torne ilusorio o imposible el cumplimiento de la sentencia que haya de dictarse. Su importancia es, por tanto, gravitante. En muchos casos, sin una medida cautelar que lo respalde, el proceso sería ineficaz para cumplir la función que se le encomienda en un Estado de Derecho: poner fin a los conflictos surgidos en el seno de la sociedad. (Remitirse a la página 14)</p>	<p>Respecto a la primera pregunta la totalidad de los entrevistados coinciden en el hecho de que como litigantes lo que buscan es siempre brindarle seguridad a su cliente, seguridad jurídica y procesal; así mismo, los entrevistados de manera general coinciden en que la medida cautelar, se solicita buscando asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria.</p>	<p>La finalidad con que debe de ser solicitada una medida cautelar es tomando como punto de partida que esta sirva como un garantía, que sirva para asegurar que el pronunciamiento final (sentencia) se cumpla si es estimativa para quien la solicito. Se trata de evitar que la demora del proceso vuelva ineficaz la sentencia que posteriormente se dictara.</p>
<p>2. ¿Cuáles son las medidas cautelares que con más frecuencia solicita</p>	<p>Catalogo de medidas cautelares contemplado en el articulo 436 PRCM.</p>	<p>En este cuestionamiento se encuentra que dos de los entrevistados hablan de el embargo</p>	<p>El código Procesal Civil y Mercantil establece un catalogo de medidas cautelares, pero en</p>

<p>usted?</p>	<p>(Remitirse a la página 68)</p>	<p>preventivo y la anotación preventiva como las medidas que mas solicitan en su libre ejercicio, y el entrevistado número tres, habla de un acoplamiento a la situación, es decir que depende del proceso que se desea iniciar, no dando de nombre ninguna de las medidas existentes.</p>	<p>nuestro medio las más solicitadas por los abogados son el embargo y la anotación preventiva de la demanda. Sin embargo dado cada caso en particular así serán solicitadas puesto que el legislador con cada una de ellas trato de dar un instrumento para ser utilizado según se acople la necesidad en cada caso.</p>
<p>3. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea el que se decrete a su favor una medida cautelar?</p>	<p>El efecto para el demandado se encuentra establecido en el artículo 439, se refiere a la inhibición general de disponer, medida prevista para supuestos en los que el peticionante no conozca bienes suficientes del deudor, esta medida se inscribirá en los registros respectivos y tendrá eficacia a partir de esta. Por lo que la naturaleza de esta medida cautelar, el estudio de este artículo en estudio nos indica de la necesidad de que se individualice de la manera más correcta al sujeto inhibido esto pues a través de nombre, apellido, dirección y cualquier otro dato</p>	<p>De manera general los entrevistados coincidieron en que al momento en que el Juez decreta la medida cautelar a favor de su cliente, se crea un ambiente de seguridad para quien la solicita; así mismo coinciden en mencionar que la seguridad de que dota una medida cautelar es el aseguramiento del bien o derecho objeto del litigio, de tal modo de que no se verá burlada una sentencia estimativa.</p>	<p>Como bien es sabido el efecto inmediato al decretarse una medida cautelar es evitar que la futura sentencia sea ineficaz; lo que implica que al ser decretada a favor de la persona que la solicito le genere una seguridad en el proceso, es decir evita que la persona que ha iniciado el litigio o proceso principal posteriormente sufra un daño mayor al no cumplirse la sentencia dictada a su favor.</p>

	<p>que pueda individualizar de manera correcta al deudor. (Remitirse Página 73)</p>		
<p>4. ¿Qué efectos jurídicos produciría el que el juez no decrete la medida cautelas que usted ha solicitado?</p>		<p>Ante tal cuestionamiento los abogados litigantes entrevistados toman posiciones distintas, puesto que el primero de los entrevistados piensa que de no decretarse una medida cautelar cuando si cumple con los requisitos necesarios se estaría ante un atentado contra la justicia , en similar sentido se expresa el entrevistado número dos al decir que dicha acción constituiría una indefensión tanto durante el proceso como al momento en que se trate de ejecutar la sentencia , si fuese el caso, el tercer entrevistado toma una posición más activa al responder la pregunta diciendo que hablando de la interposición de recursos para revocar</p>	<p>El único o aparente inconveniente que existe es el riesgo o peligro de que al dictarse una eventual sentencia estimativa para quien solicito la medida cautelar y luego de transcurrido el plazo para que este la cumpla de manera voluntaria no lo haga, no se tenga la posibilidad de hacer efectiva la misma; es decir, no pueda exigírsele el cumplimiento a la parte demandada por no existir los medios para hacerlo.</p>

		dicha decisión buscando siempre proteger al cliente, así mismo nos dice que al no decretarse crea un ambiente de incertidumbre durante el proceso.	
--	--	--	--



Juzgado de lo Civil de Ahuachapan.



Juzgado de lo Civil de Metapan



Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Ana.



Juzgado de lo Civil de Chalchuapa



Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil de Santa Ana.



Juzgado de lo Civil de Sonsonate.



Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de Santa Ana.

BIBLIOGRAFIA

- Código Procesal Civil y Mercantil (Ricardo Mendoza Orantes, editorial Jurídica Salvadoreña) segunda edición, mayo 2009
- Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882.
- Constitución de la República de El Salvador vigente
- Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, (Piero Calamandrei ,Buenos Aires, Argentina)
- Diccionario de frases y aforismos latinos,(Germán Cisneros Farías, México Universidad Nacional Autónoma de México, 2003)
- Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, (Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura/ Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Impreso en Talleres Gráficos UCA Julio 2010. Presentación de la obra.)
- Las medidas cautelares en el proceso Civil Español, (Dr. Francisco Ramos Méndez)
- Las medidas cautelares en el proceso Civil Español, (Eduardo J. Couture)
- Manual de Derecho Procesal Civil, (Lino Palacio) , 14° ed, Buenos Aires
- Actividad cautelar en el proceso contra la Administración ,(Fernando García Pullés) 2003, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995
- La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, (Ramiro Simón Padrós) LexisNexis S.A., 2004
- Instituciones de derecho procesal civil, (Giuseppe Chiovenda) Editorial Aguilar, Madrid
- Las Medidas Cautelares, (Miquel C Maturana), Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Editorial Universitaria
- Sistema de Derecho Procesal Civil Tomo I, (Franchesco Carnelutti) Editorial Jurídica- Europea.

- Reglas Comunes a Todo Procedimiento y del Juicio Ordinario, Curso de Derecho Procesal, (Alessandri, F.) Santiago de Chile, Imprenta el Esfuerzo
- Tratado de Derecho Procesal Penal, (Claría Olmedo) Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1963
- Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil(fabián, B Moricete) Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2007.
- Código Procesal Civil comentado y concordado,(HemanCasco Pagano)4° ed., Asunción, Paraguay, La Ley, 2000
- Ley de Propiedad Intelectual. Decreto Legislativo No 985. Diario Oficial No 58.
- Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Decreto Legislativo No 986. Diario Oficial No 58.
- Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional, (Vecina Cifuentes, J.) Madrid, España, Editorial Colex, 1993.
- Cuaderno de Derecho del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional (Zamblazzo, M. G.). No 8. Medidas Cautelares. Publicación del Departamento de Derecho.
- La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso- Administrativo (Domínguez, S,)San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, Primera Edición, 1996
- La necesidad de Legislar Sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil, (Martel Chang, R. A.)
- Derecho Procesal Penal, la Realización Penal, Tomo II, (Rossi J.E Vásquez.)Rubinzal - Culzoni Editores.
- Las Medidas Cautelares en Materia Comercial. Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, (Gimeno, S.), Bogotá, 1996, Publicaciones Universal.
- <http://clubensayos.com/Acontecimientos-Sociales/Piramide-De-KelsenOredenamiento-Juridico-En/39.html> (Página consultada el día tres de mayo del año dos mil trece a las diez horas con veinte minutos)

- Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen I Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Montero Aroca, J. Y ChacónCorado, M., España. Editorial SP.
- Medidas Autosatisfactivas y Medidas Cautelares, Semejanzas y Diferencia entre ambos institutos procesales, (DeLos Santos, M.). Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.
- Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal-Culzoni, (Perayo, J. W.) Editoriales, 1999.
- Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo en Argentina, Tomo I,(López Olvera, Miguel Alejandro) Editorial LexisNexis 2007.
- El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia (Cassagne, Juan Carlos - Perrino, Pablo E) de Buenos Aires, Buenos Aires, LexisNexis, 2006
- Considerandos del Código Procesal Civil y Mercantil de la Republica de El Salvador. Decreto Legislativo nº: 702 de Fecha: 18/09/2008. Diario Oficial: 224. Tomo: 381. Publicación en el Diario Oficial: 27/11/2008.
- Códigode Comercio. Decreto Legislativo 671. Fecha: 08/05/1970, Diario Oficial 140.
- Ley de Procedimientos Mercantiles. Decreto Legislativo 360. Fecha 14/06/1973Diario Oficial No. 120.