

**PRETENSIÓN CAUTELAR**

**DAIRO RIVERA MUÑOZ**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA “C.U.C”  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA  
2.004**

**PRETENCÓN CAUTELAR**

**DAIRO RIVERA MUÑOZ**

**Trabajo de investigación para optar el título de Abogado**

**Asesor:**

**Dr. PLUTARCO QUIROZ**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA "C.U.C"**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2.004**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

---

**Presidente del jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

**Barranquilla, 22 de junio de 2004**

**A DIOS por ser mi guía espiritual en todo momento.**

**A mi madre, ESPERANZA MUÑOZ por su apoyo constante e  
incondicional.**

**A mi padre JOSE DE LOS REYES RIVERA por su apoyo y respaldo.**

## AGRADECIMIENTOS

A **SHIRLEY** por su amabilidad y valiosa colaboración para el desarrollo de este trabajo de investigación.

A los Doctores **PLUTARCO QUIROZ Y ANTONIO MORALES** por brindarnos sus conocimientos y experiencias en el desarrollo de esta investigación.

AL talento humano de la biblioteca de la Corporación Universitaria de la Costa "C.U.C", principalmente a **SULY Y NASLY** por la cooperación en la obtención de fuentes secundarias.

A **WILMER BARANDICA** por su gran aporte para el éxito de esta investigación.

Y, especialmente a todos aquellos catedráticos que se han brindado sus conocimientos en pro de la justicia del derecho.

## **CONTENIDO**

	<b>Pág.</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>10</b>
<b>0. INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>1. LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>14</b>
<b>1.1. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>14</b>
<b>1.2. CONDICIONES PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>18</b>
<b>1.3. FINES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>19</b>
<b>1.4. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>22</b>
1.4.1. Excepcionalidad	23
1.4.2. Proporcionalidad	23
1.4.3. Empleo de la fuerza pública	23
1.4.4. Instrumentalidad	24
1.4.5. Temporalidad	24
1.4.6. Revisabilidad	25
1.4.7. Jurisdiccionalidad	25
<b>1.5. RÉGIMEN CONTRACAUTELAR</b>	<b>25</b>
<b>1.6. LA MEDIDA CUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DESDE LA OPTICA PENAL</b>	<b>30</b>
1.6.1. Juicio Previo	30

<b>1.6.2. El principio de inocencia</b>	<b>35</b>
<b>1.7. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>37</b>
1.7.1. Instrumentalidad	37
1.7.2. Provisionalidad	37
1.7.3. Temporalidad	38
1.7.4. Variabilidad	38
1.7.5. Proporcionalidad	38
1.7.6. Procesalidad	38
<b>1.8. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>38</b>
<b>1.9. MOMENTO PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>40</b>
<b>1.10. ELEMENTOS DE TAXATIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>43</b>
<b>1.11. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA</b>	<b>47</b>
<b>2. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>49</b>
<b>2.1. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE EL OBJETO</b>	<b>49</b>
2.1.1. Medidas Personales	49
2.1.2. Medidas cautelares de carácter real	50
<b>2.2. MEDIDAS CAUTELARES POR EL EFECTO QUE PRODUCEN</b>	<b>51</b>
2.2.1. Medidas anticipatorias	51
2.2.2. Innovativas	53
<b>2.3. MEDIDAS CAUTELARES POR EL TRATAMIENTO LEGAL</b>	<b>53</b>

<b>2.3.1. Nominadas</b>	<b>53</b>
<b>2.3.2. Innominadas</b>	<b>53</b>
<b>3. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DIFERENTES PROCESOS CIVILES</b>	<b>54</b>
<b>3.1. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ORDINARIO</b>	<b>54</b>
<b>3.2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y DIVORSIO, DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DE BIENES Y DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES CONYUGALES</b>	<b>55</b>
<b>3.3. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS</b>	<b>55</b>
<b>3.4. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL</b>	<b>58</b>
<b>4. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO Y SECUESTRO</b>	<b>60</b>
<b>4.1. EL EMBARGO</b>	<b>60</b>
<b>4.1.1. Embargo Preventivo</b>	<b>67</b>
<b>4.1.2. Inhibición general de Bien</b>	<b>68</b>
<b>4.1.3. Prohibición de Innovar</b>	<b>69</b>
<b>4.1.4. Prohibición de Contratar</b>	<b>69</b>
<b>4.1.5. Reducción de embargos</b>	<b>70</b>
<b>4.1.6 Persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro</b>	<b>71</b>
<b>4.2. EL SECUESTRO</b>	<b>72</b>
<b>4.3. DILIGENCIA DE SECUESTRO</b>	<b>74</b>
<b>4.3.1. Oposiciones al Secuestro</b>	<b>78</b>
<b>4.4. CUMPLIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>78</b>



<b>4.5. BIENES INEMBARGABLES</b>	<b>79</b>
<b>4.6. CAUCIONES</b>	<b>82</b>
<b>5. CONCLUSIONES</b>	<b>89</b>
<b>6. RECOMENDACIONES</b>	<b>91</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>92</b>

## RESUMEN

La medida cautelar es un remedio arbitrado por el Derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

Dentro de este contexto no se debe creer que las medidas cautelares recaen exclusivamente sobre bienes, pues, en algunos casos puede hacer referencia a personas e incluso a medios de prueba, que se busca preservar para el cumplimiento de los objetivos del proceso. De ahí los mismos alcances de la misma.

Más que a hacer justicia, está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. La medida cautelar no debe ser vista como un castigo anticipado, por el cual se priva al individuo de su libertad, es un instrumento que posibilita asegurar que el imputado esté presente en el juicio y no obstaculice la averiguación de la verdad.

**Palabras claves:** Medidas, cautelares, secuestro, embargo, contra cautela, proceso, pretensión, caución, desembargo.

## 0. INTRODUCCIÓN

La regulación racional y sistematizada de las medidas cautelares ha sido de mucha preocupación desde la óptica de los alcances que la misma tiene bajo el ojo crítico de las diferentes doctrinas. Las injusticias cometidas en muchos procesos hacen ver con malos ojos la conceptualización práctica y teórica de las procedencias cautelares. De ahí, que se armen muchos interrogantes con respecto a la misma.

En este orden de ideas, no es fácil hacer una síntesis del integrado mundo de las medidas cautelares. Por un lado, sería necesario precisar el concepto, las características y los fines de las medidas cautelares y de otro lado, las medidas cautelares en los diferentes procesos. Para deducir los alcances jurídicos que tienen las medidas cautelares.

Las normas jurídicas del derecho tienen tantas facetas unas más importantes o aplicadas, y otras que forman parte de los procedimientos normales de un estado de derecho. Sin embargo, existen muchos conceptos y temas que a la voz del derecho han sido poco trajinados y suelen ser un poco desconocidos y exóticos para quienes se especializan en las lides penales.

En este orden de ideas, las medidas cautelares son uno de esos temas que por falta de conocimiento o de aislamiento intelectual y jurídico de los encargados de impartir justicia y, que olvidan que el derecho y en forma particular los procesos, son uno solo y, que por ende los mismos, deben buscar el bien común; son instrumentos utilizados bajo todo un conjunto de vacíos que no dejan de preocupar al legislador colombiano.

Entre las causas que se presume pueden estar generando dicha situación se señalan una regulación legal injusta o deficiente, o vacíos de la misma, que imposibilitan una eficaz solución a los procesos, debido a que dichas omisiones, deficiencias e injusticias; corresponde al juez muchas veces imponer solución de manera inadecuada, justa o injusta. De igual forma, algunas veces le ha correspondido a la doctrina proponer soluciones a los conflictos presentados, pero teniendo presente que la misma ha dicho poco o nada con respecto a las medidas.

En este orden de ideas, las medidas cautelares se han convertido en los últimos años en un tema polémico y controversial a la luz del derecho, pues, es evidente, que en el Código de Procedimiento Civil existen normas que merecen ciertos cuestionamientos debido a que generan diversas interpretaciones con respecto a las medidas cautelares. Conviene que se indague de una forma más profunda y precisa todo el conjunto de normas y regulaciones que rigen las medidas cautelares con el propósito de conocer sus alcances bajo la óptica del derecho.

En tal sentido y teniendo en cuenta que las medidas cautelares deben propender por el restablecimiento del derecho surge un interrogante: **¿CUÁLES SON LOS ALCANCES JURÍDICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?**.

En el presente, cuando la regulación de la actividad social es más exigente e implica instrumentos de derecho eficaces y una mayor intervención para lograr el estado de derecho y la paz social, son muchos los aspectos que a la luz de la normatividad actual del derecho que deben revisarse. Consecuentemente con esta problemática se presenta la presente investigación. Pues, con la misma, se busca de una forma óptima indagar acerca de los alcances que la normatividad de las

medidas cautelares tiene y que debe ser resuelta para el cumplimiento de los propósitos sociales del derecho.

Es evidente, que las medidas cautelares es un tema poco indagado y que de cierta forma resulta atractivo de indagar a fondo de ahí la importancia que tiene tratar sobre el mismo.

De igual forma, es claro que en el escenario de la especialización y, en aras de obtener un mayor conocimiento jurídico de las medidas cautelares y su estudio pueden ofrecer una basta gama de nuevas ideas que permitan el incremento de los mismos.

Con esta investigación se pretenden analizar los alcances que desde el punto de vista de la normatividad tienen las medidas cautelares en la solución de conflictos, el enfoque conceptual y característico de las medidas cautelares, las diferentes clases de medidas cautelare y Analizar las medidas cautelares en los diferentes procesos. Además, de conocer las medidas cautelares de embargo y secuestro

La metodología empleada para este trabajo de investigación es la deductiva y se emplearan fuentes secundarias tales como libros sobre medidas cautelares y proceso civil.

## **1. LAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **1.1. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

El término medida cautelar encuentra otro que con sentidos sinónimos se encuentran en las diversas legislaciones y es así como indistintamente se hable de providencias cautelares, medidas precautorias, acciones preventivas, pretensiones preventivas y cautelares, para significar con todos ellos aquellas determinaciones jurisdiccionales que se pueden adoptar respecto de personas, bienes o medios probatorios, con el objeto de evitar los perjuicios de la demora de los procesos ocasiona, siempre con carácter provisional y accesorio y tendientes a asegurar el cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y de manera especial el de la sentencia una vez ejecutoriada.

No todas las cautelas que se toman en un proceso constituyen un proceso cautelar, sino que existen muchas que no alcanzan a realizar toda la actividad de aquel; es decir, son algo embrionario, bien por que aseguran un peligro inmediato sin llegar al ámbito de la sentencia (las cauciones) o en otros casos porque podrían constituir un proceso autónomo y por el principio de la economía procesal la sentencia habrá de resolver sobre estas situaciones, y, por lo tanto, pueden cautelarmente tomarse antes del fallo definitivo. Ejemplos: los alimentos para los hijos en el proceso de separación de cuerpos.

La doctrina ha empezado a utilizar la terminología del proceso cautelar, aun cuando las diferentes legislaciones han utilizado el termino “medidas cautelares” lo cual ha dado lugar a su confusión de tipo doctrinal y a

llevar a las medidas cautelares muchas instituciones que no lo son. Al respecto Manuel Cerra señala:

“Las medidas cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosa lentitud del proceso. Como se ha dicho acertadamente, responde al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacer las cosas bien. Siendo la dimensión temporal inmanentemente al propio concepto del proceso debe encontrarse una solución que garantice que el proceso litigioso permanecerá inalterado durante toda la duración del mismo. Y, que, en definitiva la sentencia que se dicte será una sentencia eficaz, por proyectarse sobre la misma realidad económica existente a la iniciación del proceso. Las medidas cautelares tienden esencialmente a garantizar la eficacia de la sentencia mediante una anticipación limitada de los efectos normalmente derivados de sus ejecuciones.”<sup>1</sup>

Las medidas cautelares constituyen un verdadero proceso que corre paralelo al llamado proceso principal. Se dirá que no contiene los postulados de un proceso; pero en él se ejerce una acción; llamada acción cautelar. La acción cautelar se contrapone a la acción definitiva, lo mismo que el proceso cautelar al proceso definitivo; el proceso cautelar no es un tertium genus entre el proceso jurisdiccional y el ejecutivo, sino una variedad del uno y del otro, caracterizada por la naturaleza inmediata de su función<sup>2</sup>.

Bajo este concepto se comprende una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en éste o en otro proceso.

Podemos definir la medida cautelar, como aquel remedio arbitrado por el Derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede

---

<sup>1</sup> CERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. RAMOS MENDEZ, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil. Industrias gráficas. Barcelona. 1.974. P. 5

<sup>2</sup> QUIROGA CUBILLOS, Hector Enrique. Proceso y medidas cautelares. Segunda edición. Okey impresores. Bogotá. 1.991. P. 10.

suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

Sin embargo, para definir las medidas cautelares consideramos con Calamandrei<sup>3</sup> el concepto de cautela tiene un criterio teleológico, es decir, por los fines en si mismos. Así las cosas, diremos que el proceso cautelar es aquel que facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos”.

En ese concepto se resalta la palabra eficacia de los efectos del proceso, es decir, que las medidas cautelares o el proceso cautelar en si mismo, busca lograr que todo proceso se desarrolle de la forma adecuada, y los resultados se den en el menor tiempo y al menor costo posible para las partes. Sin embargo, las medidas cautelares deben tender hacia la efectividad, pues, además de que los resultados o los efectos del proceso se desarrollen con eficiencia se debe buscar que el fin último sea hacer las cosas correctamente es decir con eficacia. Por lo tanto, el proceso cautelar debe procurar que se de la efectividad de los resultados del proceso principal.

Además, Calamandrei agrega que estas medidas contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, pues, en las mismas se encuentra una instrumentalidad cualificada. Es un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva.

Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, el secuestro, etc., sino que son aún

---

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires. Bibliografía Argentina. 1.945. P. 137.



mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas.

Las medidas cautelares, se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tienen entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional, en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional, respecto del acto del juez conducto del proceso.

Las medidas cautelares son las que, según la definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tienen por objetivo proteger derechos cuyo reconocimiento, por otra parte, se pide al juez, preservando al mismo tiempo el statu quo tanto de hecho como de derecho. En la práctica estas medidas permitirán a un acreedor asegurarse contra el riesgo de no ser pagado recurriendo a dos técnicas: convertir en inalienables los bienes del deudor o gravarlos con garantías que confieren al acreedor un derecho de ejecución si estos bienes cambian de manos. A lo cual se plantean como ejemplos de medidas cautelares:

A lo que Azula Camacho señala que las medidas cautelares son los medios establecidos por la ley para evitar que los resultados perseguidos por el demandante en el proceso no sean ilusorios.

Es evidente, que las decisiones judiciales están dirigidas a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y de ese modo evitar la burla a la justicia que el deudor

demandado pueda hacer aprovechándose de la demora y dilación excesiva del procedimiento.

Raul Martinez Buto conceptúa que las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, cuando, antes de iniciarse el proceso o durante su curso, y que existe el peligro que la decisión judicial sea incumplida por parte del deudor.

El embargo cautelar de bienes muebles o de una cantidad que pertenece al deudor.

El secuestro judicial de los bienes objeto de litigio, que deben mantenerse en el mismo estado hasta el juicio definitivo.

Garantía cautelar, referida a edificios (hipoteca), fondos de comercio o valores mobiliarios; tiene que respetar ciertas condiciones de publicidad.

## **1.2. CONDICIONES PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

Podemos definir a la medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Concordamos por ello, con que la medida cautelar se otorga, más que en interés del solicitante de la misma, en el de la administración de justicia. Ya que, "... cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro, no actúa sólo en defensa a satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción, también en este caso, no funciona uti singulo, sino uti civis. Tales decisiones se dirigen más que ha defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el imperium judicis".

Encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Mas que a hacer justicia, está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. Son sus caracteres a) provisoriedad o interinidad, pues están supeditadas al transcurso del tiempo que transcurre desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución y b) mutabilidad o variabilidad en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen.

### **1.3. FINES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Si partimos de la definición de medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el

derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Las medidas cautelares, en razón de ser provisionales, vienen a resguardar de modo precario un derecho o situación de ejercicio del mismo, hasta tanto exista una sentencia jurisdiccional sobre la misma, "...carecen de autonomía y, por lo mismo, son sólo el presupuesto de las definitivas, que se adoptan en el pronunciamiento que pone fin al pleito". Por lo que, habiendo sentencia definitiva firme, cesan las mismas. Ya sea porque en la sentencia se ha desestimado lo pretendido con la acción, y porque admitiéndose la pretensión, se impongan nuevas medidas, o se confirme las adoptadas cautelarmente. Aún en este último supuesto, cesan en su calidad de tales, para convertirse en contenido de sentencia.

Hay por tanto, siempre en la cuestión, un "orden público cautelar", al decir de Acosta, que lleva a que el acto de la ponderación y concesión (o no) de las mismas trascienda el mero interés particular, circunstancia que se acentúa en la materia del hábeas data, atento su especial carácter de instituto de resguardo de derechos personales básicos, de cuño constitucional y universalmente reconocidos.

En este orden de ideas, las medidas cautelares buscan precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre personas, bienes o medios de prueba mientras se inicia o adelanta el proceso y tiende a mantener un estado de cosas para obtener que las determinaciones puedan cumplirse y no se hagan ilusorias. Por lo tanto, la medida cautelar facilita el cumplimiento de todas aquellas decisiones judiciales, sin importar que no se cuente con el consentimiento de la persona que debe cumplir con la providencia.

“Con el sistema cautelar el derecho se torna dinámico en el mundo fáctico, permitiendo que las decisiones judiciales no queden en simples piezas jurídicas, sino que estas se conviertan a la cotidiana realidad de los asociados; si esta es la finalidad de las medidas cautelares lógico es que prima facie se piense que todos los procesos deberían tener a su servicio el mecanismo cautelar, no obstante ello no es así, porque para la efectividad del proceso no siempre se requiere; porqué sino se limita su procedibilidad se tornaría imprudente y arbitraria; porque el legislador no ha tenido la suficiente amplitud para establecerlas”<sup>4</sup>.

Es evidente, que las medidas cautelares son un sistema de partes que persiguen un objetivo en común, que en la finalidad misma, busca que las decisiones judiciales se lleven a la realidad y logren tener un efecto o un resultado, como se ha señalado anteriormente y de esta forma, no quede el derecho en letra muerta. “El proceso cautelar tiene una finalidad instrumental (accesoria) de otro proceso (principal), consistente en asegurar el resultado de este, evitar que luego de obtenida una sentencia favorable se frustre este resultado, como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución”<sup>5</sup>.

No obstante, no se debe creer que las medidas cautelares recaen exclusivamente sobre bienes, pues, en algunos casos puede hacer referencia a personas e incluso a medios de prueba, que se busca preservar para el cumplimiento de los objetivos del proceso.

Como sabemos el proceso es el instrumento a través del cual las partes ejercitan su derecho a la acción. Se trata por tanto de una sucesión de actos, en los que las partes en contradicción, alegan los hechos y producen la prueba de las alegaciones introduciendo argumentaciones

---

<sup>4</sup> URAZAN BAUTISTA, Juan Carlos. Derecho procesal civil. 1ª edición. Bogotá. Doctrina y ley. 1.994. P. 281.

<sup>5</sup> VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Santa fé de Bogotá. Temis. 1.999. P. 96.

jurídicas para que el órgano jurisdiccional pueda dictar lo más inmediato posible, una sentencia acertada y justa.

Con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta (Calamandrei), o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza y persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto (Carnelutti). Esta noción, según Palacio, "se vincula con la debida distinción que corresponde efectuar entre el proceso preventivo y el proceso cautelar, los cuales se encuentran en una relación de género a especie". Y agrega "Si bien, ambos, en efecto, tienden a conjurar la producción de un daño, mientras en el primero éste deriva exclusivamente de la conducta extrajudicial (actual o probable ,) del demandado -así ocurre en los que tienen como objeto pretensiones meramente declarativas o de condena a una prestación futura -, en el segundo, emerge del retraso con que viene acompañada la tutela judicial definitiva, de manera que se puede decir, que el proceso preventivo, tiene necesariamente un fin en sí mismo y el cautelar, en cambio, carece de él en tanto se halla ineludiblemente subordinado a la existencia de otro proceso distinto"

#### **1.4. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Es importante conocer las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas y saber aplicarlas con mayores criterios de justicia. Además, también es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas, es decir, la "camisa de fuerza" que impide que sean aplicadas arbitrariamente.

**1.4.1. Excepcionalidad.** En vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia (que veremos con más detalle cuando analicemos la detención preventiva), la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada.

“La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.” (Alberto Bovino, Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, p. 671)

**1.4.2. Proporcionalidad.** Porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar.

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión...si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibile la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado”<sup>6</sup>.

**1.4.3. Empleo de la fuerza pública.** Para imposición de una medida cautelar, que implica que se puede hacer uso de ésta para detener a un ciudadano (detención preventiva) o puede amenazarse con aplicar la fuerza para hacer cumplir el mandamiento respectivo (ejemplo, citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de negativa a hacerlo).

---

<sup>6</sup> BINDER, A. Introducción al derecho procesal penal. Edit. Alfa Beta, Buenos Aires. 1993. p. 201.

**1.4.4. Instrumentalidad.** Ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma . “La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria -no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Así por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad-, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación. “Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención preventiva)”<sup>7</sup>.

**1.4.5. Temporalidad.** La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. “Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad.

---

<sup>7</sup> CAFFERATA NORES, José. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Depalma, Buenos Aires. 1992, p. 4.



Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

**1.4.6. Revisabilidad.** Porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.

**1.4.7. Jurisdiccionalidad.** Pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces. “ Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías- que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.” (A. Binder. Introducción al derecho procesal penal.1993. p. 197).

## **1.5. RÉGIMEN CONTRACAUTELAR**

Un adecuado régimen de contracautelas permite desarrollar sólidamente el sistema cautelar, pues aquéllas son para garantizar la seriedad de la cautela; así como quien solicita la medida asegurativa lo hace por cautela, la ley, también por cautela, exige que el peticionario garantice la seriedad de aquélla (contracautela). La caución no es la única forma de

expresión del régimen contracautelar, pues la contracautela es el género y la caución una de sus especies, vr. gr., el juramento constituye contracautela, ya que en el proceso de ejecución quirografaria garantiza la seriedad de la cautela (Inc. 5 del Art. 513 del C. de P. C.).

Puede suceder que el juez no cuente con los elementos de convicción necesarios para señalar la cuantía de la caución, vr. gr., en los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual y el demandante vencedor en la primera instancia solicita el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado, por la apelación o consulta de la sentencia; previamente al decreto de las medidas se debe prestar caución que garantice el pago de los perjuicios que con ellas se causen (num. 8 del art. 690 del C. de P. C.). Se trata de hipótesis en que el juez podrá considerar necesario dictamen de peritos que calcule los perjuicios y pueda así fijar la cuantía de la caución.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y plazo de constitución cuando la ley no lo señale, pero ello no impide que el interesado al impetrar la correspondiente actividad procesal suministre la caución en la naturaleza y cuantía que estime procedente, pues si el juez acepta la caución se cumple cabalmente con el requisito del contraaseguramiento, toda vez que es de entender que el juez con tal aceptación indica que la caución allegada es legal en su naturaleza y monto. Estamos de acuerdo entonces, con el Tribunal de Santa Fe de Bogotá cuando dice: "...nada impide que el interesado presente una caución con su solicitud, porque lo importante aquí no es la orden sino la aceptación del juez. Si el juez acepta la caución presentada..., quiere decir que está acorde con lo que él hubiera ordenado. En uno u otro caso lo importante es que se dé satisfacción a la exigencia legal...".

En desarrollo de esta orientación de celeridad, el legislador de 1989 permitió que el ejecutante desde la misma solicitud cautelar allegue "caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución", con lo cual recogió situación práctica durante la vigencia del original C. de P. C. de 1970. La expresión "diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución" comprende el monto del capital cobrado, más sus accesorios, tales como intereses, multas, cláusula penal, es decir, estos conceptos integran la expresión "valor actual de la ejecución". Con lo anterior significamos que es errado solamente exigir caución por el diez por ciento del capital cobrado, dejando por fuera los accesorios, pues no se puede decir que "valor actual de la ejecución" sea simplemente el capital olvidando sus accesorios. La tesis cuestionada desprotege la finalidad de la contracautela, pues la reducción de la cuantía asegurable va en detrimento del margen asegurado por los perjuicios que se causen con la práctica de medidas cautelares. En el proceso ejecutivo con garantía real no opera la caución para el embargo y secuestro del bien materia de garantía, pues el legislador no lo prevé.

El inc. 4 del art. 678 del C. de P. C. otorga prelación a la caución en dinero cuando dice "podrá remplazarse por dinero cualquier caución ya constituida, consignando su importe en la cuenta judicial", pues su efectivización es expedita. Se debe tener en cuenta: "Cualquier caución que la ley disponga prestar en dinero podrá también prestarse a través de garantía bancaria, títulos de deuda pública o de certificados de depósitos a término o títulos similares constituidos en bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y cajas de ahorro, legalmente autorizados para operar en Colombia" (art. 48 del Decr. 2651 de 1991), es decir, debemos tener presente la equivalencia que la norma hace

entre aquellos y la caución en dinero. Como sucede con los dineros que tienen que ver con la actividad jurisdiccional, las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.

Se impone a los notarios el deber de dar prelación a las escrituras de caución hipotecaria, pues deben tener en cuenta que está de por medio el cumplimiento de términos procesales, mas la prontitud con la que debe actuar la administración de justicia. La copia registrada se presentará al juez dentro de los seis días siguientes al registro; el art. 2435 del C. C. estatuye que la escritura de hipoteca necesita inscripción en el registro de instrumentos públicos, requisito sin el cual "no tendrá valor alguno". La escritura de hipoteca debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento. El juez no puede guiarse ciegamente por el monto que arroje "el certificado de avalúo catastral", pues estos valores se encuentran, en regla general, por debajo del precio real de los inmuebles. Y como los interesados pueden acudir al mecanismo del autoavalúo, también el juez deberá estar atento a no caer en la trampa de una caución hipotecaria en bien inmueble sobreavaluado catastralmente, cometiéndose fraude en el proceso. La situación real no indica cosa diferente entonces, "el certificado de avalúo catastral" es simplemente circunstancia investigativa para el juez.

Cuando se trate de caución prendaria el peritaje no está sujeto del todo a las normas rectoras de la prueba, vr. gr., solicitud de la prueba, designación al azar de los expertos, notificación a los mismos del auto que los de posesión de éstos, término para rendir el concepto. El interesado escoge arbitrio los dos peritos, con la limitación de que figuren en la lista de auxiliares de la justicia, pero el dictamen debe ser claro, preciso, detallado, explicando los exámenes, experimentos e

investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. La circunstancia excepcional en que se produce esta prueba no releva al juez de la apreciación de la misma y el inc. 1 del art. 241 del C. de P. C. le dice al juez que al apreciar el dictamen tenga en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, como la competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el proceso. Los bienes dados en prenda deberán entregarse al juez (prenda con tenencia) junto con la solicitud para que se acepte la caución, si su naturaleza lo permite (vr. gr., acciones, títulos, joyas), y aquél ordenará el depósito en establecimiento bancario u otro que preste tal servicio, como son los almacenes generales de depósito. En los demás casos (vr. gr., semovientes, cosechas) en la misma solicitud se indicará el lugar donde se encuentren los bienes para que se proceda al secuestro. Si en la diligencia de secuestro se presenta oposición y el juez la considera justificada, el inc. 2 del num. 2 del art. 679 del C. de P. C. dispone que sin mas se prescinda del secuestro, estimando que se trata de bien que de una u otra forma no ofrece seguridad en la finalidad prístina de la tranquilidad y amplitud de lo que es una contracautela.

Si la caución no reúne los requisitos, se improbará y se tendrá por no constituida; drástica invitación a actuar con acendrada prudencia. Salvo disposición en contrario, las cauciones se cancelan mediante auto apelable en el efecto diferido si el proceso está en curso, o en el suspensivo si concluyó; los mismos impiden que la caución se cancele hasta tanto el superior no examine la legalidad del pronunciamiento y así se evita que se desproteja el interés materia de aseguramiento. Los autos que fijen la especie o cuantía de una caución y los que la acepten o rechacen, son apelables; el inc. 1 del art. 680 del C. de P. C. consagra

la apelabilidad, pero no menciona el efecto, se aplicará el devolutivo, pues opera "a menos que la ley disponga otra cosa".

## **1.6. LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DESDE LA OPTICA PENAL**

Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales.

Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental.

Dado que pareciera que pudiera existir colisión o contradicción entre estas garantías y la aplicación de medidas cautelares (tanto personales como reales) es que vamos a tratar en este rubro dos de ellas, que tienen estrecha relación con la imposición de medidas cautelares y que son: el principio del Juicio Previo y el principio de Inocencia.

**1.6.1. Juicio Previo.** Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta con sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.”

De este precepto constitucional se pueden deducir tanto la forma de imponer un castigo así como la autoridad competente para imponerla, que es el juez.

La forma es la relativa al “cómo”, el “proceso que se sigue” para que se condene a un ciudadano, y según el precepto constitucional, esto sólo ocurre luego de un juicio al cabo del cual una sentencia declara la culpabilidad de la persona. La sanción penal no puede ser impuesta por investigadores o fiscales, pues esto desnaturaliza el sentido del juicio. Las prácticas y la rutina han hecho que tanto investigadores como fiscales presuman el dolo o inviertan la carga de la prueba, es decir, obligando al detenido a demostrar su inocencia, violando sus derechos humanos e incluso imponiéndole penas, lo que viola el juicio previo.

“La cuestión en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará la garantía del Art. 16. Esto permite afirmar que el estado normal -por así llamarlo- de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad.”  
(José I. Cafferata Nores. 1992)

Pero si la sanción penal sólo puede ser impuesta luego de una sentencia condenatoria firme, -pues hasta ese momento rige el principio de inocencia-, lo que implica que las personas no pueden ser privadas de libertad anticipadamente, cómo pueden aplicarse medidas cautelares que vulneran la libertad personal de un ciudadano.

Nuestra Constitución Política del Estado dice:

“Art. 9,I.- Nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento, que emane de autoridad competente y sea intimado por escrito" (CPE, Art. 9-I)

Tal como el precepto constitucional del párrafo anterior lo manda, “sino en los casos y formas establecidas por ley”, nos obliga a recurrir al marco legal correspondiente, en este caso al Nuevo Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 221 dispone:

“Art. 221.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.

Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el artículo 7 de este Código . Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamenta este código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.

No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas.” (NCP,art. 221).

Nuestro código de procedimiento penal también nos dice que el carácter de las medidas cautelares es restrictivo y que las mismas deben



ejecutarse del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados.

“En virtud de los perjuicios que su aplicación ocasiona al afectado, que - es conveniente reiterar- goza de un estado jurídico de inocencia... se ha establecido que las normas que coarten la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente”<sup>8</sup>

La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste” (NCP, Art. 7)

Como dice Binder, “no se puede afirmar que estos principios tengan una vigencia absoluta, porque la propia Constitución establece la posibilidad de aplicar el encarcelamiento durante el proceso penal” (1.996, p 93).

En consecuencia, los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas.

Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el Poder Judicial exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda medida cautelar ilegítima, pues antes de su aplicación

---

<sup>8</sup>CAFFERATA NORES, José I. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma. Buenos Aires. 1992, p. 10.

deben cumplirse con todas las exigencias jurídicas formales y materiales propias de las mismas, consignadas tanto en el NCPP como en la Constitución Política del Estado.

La medida cautelar no debe ser vista como un castigo anticipado, por el cual se priva al individuo de su libertad. Más bien debe ser entendida en su verdadero sentido, como un instrumento que posibilita asegurar que el imputado esté presente en el juicio y no obstaculice la averiguación de la verdad.

“La finalidad constitucional de afianzar la justicia- hacia la que se orienta el juicio previo requiere: a) que no se impida ni obstaculice su realización; b) que sus conclusiones se asienten sobre la verdad; c) que se cumpla realmente lo que en él se resuelva. “Si el culpable, abusando de su libertad, pudiera impedir la condena -falseando las pruebas o no compareciendo al proceso- o eludir el cumplimiento de la pena -fugando-, la justicia lejos de ser afianzada sería burlada”<sup>9</sup>. Corroborando lo anterior, Clariá Olmedo manifiesta que:

“La medida cautelar no se contrapone al principio constitucional del juicio previo, en la medida que no debe considerársele “pena anticipada”, sino un instrumento que garantiza la presencia del imputado en el juicio. Es por ello que la imposición de medidas cautelares debe producirse únicamente por la necesidad -verificada en cada caso- de que el imputado no se someterá al proceso o obstaculizará la averiguación de la verdad”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>NORES CAFFERATA, José I. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 8.

<sup>10</sup> OLMEDO, Clariá. Tratado de derecho procesal penal. Bogotá. Depalma. p. 219.

En esa óptica, si la medida cautelar ya no es considerada una “pena anticipada”, puede imponérsele durante el juicio, para los fines ya explicados. La garantía del juicio previo prevé entre el supuesto hecho delictivo y la pena a imponer, un lapso de tiempo donde el imputado tenga la garantía de un debido proceso. “La circunstancia de que nadie pueda ser penado sin juicio previo, veda la posibilidad de castigar durante el juicio. La Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata al delito...interponiendo entre el hecho y la pena un plazo que es “ocupado” por el proceso”<sup>11</sup>.

**1.6.2. El principio de inocencia.** Este principio fundamental del Estado de Derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la aplicación de las medidas cautelares y sobretodo, la detención preventiva, que analizaremos exhaustivamente más adelante.

Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme.

“Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” o que “los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa” (MAIER, Derecho Procesal Penal, 1996).

---

<sup>11</sup>CAFFERATA NORES, José I.. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 12.

Como explica Binder, el principio de inocencia no dice que el imputado sea en verdad inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud a esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. También nos dice este principio que nadie puede ser considerado culpable sino es en virtud a una sentencia, dictada en un juicio. (1993, P. 196).

El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación.

No existe contradicción entre este principio y la imposición de medidas cautelares, porque como ya lo dijimos al hablar sobre el juicio previo, la solicitud de imponer una medida cautelar no debe considerarse como un castigo anticipado ni mucho menos responder a criterios tan subjetivos como la peligrosidad del delincuente o la gravedad del tipo de delito cometido. Reiteramos que la aplicación de medidas cautelares debe responder a un fin procesal, que es asegurar la presencia del imputado al momento del juicio (evitando así su fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad) y no puede responder a un fin de prevención, que es el que tienen las penas.

La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar que -ya- fueron -condenados-, en la denuncia o por los medios de comunicación.

Si permitiéramos que la imposición de medidas cautelares funcionara como un castigo anticipado al imputado, éste se encontraría en la misma situación que un condenado, pero con la diferencia que nunca tuvo juicio, ni acusación fiscal, que no se produjeron pruebas, pero sobretodo no se respetó su estado de inocencia.

Históricamente, la llamada -presunción de inocencia- no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta; la admite con carácter excepcional. Por ello, las normas que limitan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente puesto que si el imputado goza de un estado de inocencia no se le puede castigar anticipadamente con privación de libertad.

## **1.7. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

**1.7.1. Instrumentalidad.** Ya que las mismas se adoptan en función del proceso principal al que sirven y son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

**1.7.2. Provisionalidad.** Estas medidas no pretenden ser indefinidas en el tiempo, sino únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento.

**1.7.3. Temporalidad.** es otra característica relacionada con la anterior, las medidas cautelares no son indefinidas sino temporales.

**1.7.4. Variabilidad.** Ya que las medidas cautelares pueden variar si varían la situación fáctica cautelable.

**1.7.5. Proporcionalidad.** Es otra característica, no se pueden adoptar medidas cautelares desproporcionadas para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la sentencia.

**1.7.6. Procesalidad.** Ya que se adoptan en un proceso con todas las garantías del mismo, audiencia de partes, derecho de defensa, contradicción etc.

La Ley, apoyándose en doctrina y jurisprudencia consolidada, opta por un "numerus apertus" de medidas cautelares Así, en su Exposición de Motivos se dice que "..la actual regulación se realiza de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número cerrado o limitado..". Por tanto, las medidas que pueden adaptarse con carácter cautelar, dejando claramente de manifiesto que se trata de un "numerus apertus", de tal manera que pueden ser adoptadas otras medidas cautelares distintas a las expresamente citadas en el mencionado artículo.

## **1.8.PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares vienen recogidos en el art. 728 de la Ley 1/2000, y son "peligro por la mora

procesal, apariencia de buen derecho y caución", y que la Exposición de Motivos se refiere a ellos como "factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares". Son los siguientes:

**Periculum in mora.** El art. 728-1 exige para su adopción que se justifique " que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria", o sea, que la falta de su adopción impediría o dificultaría la efectividad de la sentencia, bien porque el tiempo hace que las circunstancias cambien o porque el demandado intentará impedir la ejecución del fallo.

**Fumus boni iuris,** o apariencia de buen derecho. Es otro de los requisitos establecidos en el art. 728-2, que dice " El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión..." , y que supone que la adopción de las medidas cautelares tiene su justificación sobre la base de que existe una apariencia de buen derecho.

**Caución.** Por último, el citado art. 728-3 establece "Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado..". Se configura así la caución como una garantía para el demandado en caso de que se dicte sentencia absolutoria, que haga frente a las responsabilidades por los daños y perjuicios que le puede haber acarreado la adopción de la

medida cautelar. La Ley no regula la determinación de esta fianza, su determinación dependerá discrecionalmente del Juez.

### **1.9. MOMENTO PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES**

El artículo 730 de la LEC regula los momentos para solicitar las medidas cautelares, y lo hace de la siguiente forma: “Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal”.

Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.



Las medidas cautelares siempre se solicitarán por escrito, bien independiente o mediante otrosí en la demanda principal, y como indica el art. 732 de la nueva LEC, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos, y acompañando los documentos que la apoyen u ofreciendo la práctica de otros medios de prueba que lo acrediten.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente, y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud. También el citado artículo 732-3 establece que en el propio escrito de petición deberá la parte especificar el tipo de caución que desea prestar y la cuantía de la misma, justificando el importe que propone. Por tanto no es el Juez el que libremente fija la cuantía, sino que es la parte quien concreta la cuantía, que puede ser o no aceptada por el Juez.

El artículo 732 de la LEC establece como se debe realizar la solicitud de las medidas diciendo que La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.

Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos

incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud..Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares. “En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone.

Una vez formulada la solicitud de medidas cautelares pueden ocurrir dos cosas, según haya o no audiencia previa del demandado: Que se dé traslado de la misma a la parte demandada, convocándose una comparecencia con asistencia de las dos partes.

Que no se dé traslado previo a la parte demandada, ejecutándose la medida sin oír a la parte demandada. Esto únicamente ocurrirá cuando lo pida expresamente el solicitante y se acredite que concurren razones de urgencia, o que la audiencia previa del demandado pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar.

Finalmente, mencionar que según disponen los artículos 735 y 736, la aceptación o denegación de las medidas se realiza mediante Auto, que deberá dictarse en el plazo máximo de cinco días. Si el Juez estima que concurren todos los requisitos, acordará la medida cautelar solicitada, debiendo determinarse la forma, cuantía y tiempo en que deberá ser prestada la caución por el solicitante de la medida. Contra dicho Auto sólo cabrá recurso de apelación sin efectos suspensivos.

## **1.10. ELEMENTOS DE TAXATIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

En el Código de Procedimiento Civil que expresamente disponga cuales pueden ser las medidas cautelares que judicialmente son procedentes. Se alude ciertamente a diversas formas de cautelación o aseguramiento de bienes o de personas. Es decir, aparecen formas de cautela de carácter patrimonial y de carácter personal tomándose en consideración las diferentes especies de procesos.

De esta manera el Código de Procedimiento Civil regula, de acuerdo con la especie de proceso, el embargo y secuestro de bienes, la inscripción de la demanda, la guarda y la aposición de sellos; adopción de medidas de precaución necesarias para evitar perjuicios por causa de edificio que amanece en ruina o árbol mal arraigado; medidas para evitar que el usurpador de unas patentes o de una licencia de invención infrinja los derechos garantizados al titular de la patente, entre otros.

En cuanto a las medidas cautelares de aseguramientos personales están en el depósitos de personas (menores, dementes, sordomudos, conyugues).

Sin embargo, podría quizás considerarse que las medidas cautelares fueron previstas por el legislador, según la enunciación que se ha hecho. Es decir, que por fuera de embargo, secuestro de bienes, guarda y aposición de sellos, inscripción de la demanda, exigencias de prestar caución, entre otros. No existe posibilidad de otras medidas. Sin embargo, parece que ello no es así, y que podría darse una medida cautelar no prevista expresamente por la ley.

En el artículo 568 del Código de Comercio por ejemplo le otorga al juez la facultad de autorizar la práctica de medidas cautelares para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de una patente o de una licencia de invención, al señalar que “las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá a realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringe la patente, o en cualquiera otra medida equivalente”.

En este orden de ideas, podría darse perfectamente una medida cautelar o de aseguramiento diferente al embargo o secuestro de bienes, o de exigencia de caución, en la generalidad de los procesos judiciales, excluidos los ejecutivos.

Tratándose de proceso ejecutivo para el pago de suma de dinero, de acuerdo con el tenor del Código de Procedimiento Civil, y diferente a lo que puede ocurrir en los procesos de conocimiento contencioso o en los de liquidación, no existen medidas cautelares a la prestación de caución, embargo y secuestro de bienes. En realidad no cabe imaginar otra medida que garantice o asegure el pago de la obligación, dado que su finalidad última es el remate de bienes para satisfacción del crédito reclamado.

Es evidente, que efectivamente en los procesos de ejecución las medidas cautelares se encuentran taxativamente denominadas en la ley, que por lo demás, coincide con la lógica real. Sin embargo, debe observarse que el embargo y secuestro de bienes en esta especie de procesos deben ser útiles y efectivos, es decir, que si no van más allá de

un simbolismo sin eficacia para el pago de la obligación, serían improcedentes y el juez los debería negar. Es el caso, por ejemplo, del acreedor A que demanda que demanda ejecutivamente a su deudor B para que le pague una determinada suma de dinero, respaldada en documentos con virtud de título ejecutivo. El acreedor conoce que B tiene en su casa u ofician un mural de famoso pintor, de apreciable valor económico. Como el inmueble en que se encuentra el mural no es propiedad del deudor, ¿el acreedor A podrá pedir y el juez decretar el embargo y secuestro del mural? si fuese así, ¿Cómo podría el rematante poseer dicha obra de arte sin producir daño alguno al mueble? ¿O podría tomarse como una mejora que eventualmente deba ser reconocida y pagada por el propietario del inmueble en cuestión al deudor?

Casos particulares de medidas cautelares en los procesos ejecutivos. En la práctica judicial se presentan en ocasiones problemas atinentes al embargo y secuestro de bienes en los procesos ejecutivos que carecen de solución legal, o la norma positiva no tiene justificación, o merece ser interpretada y aplicada de modo diferente a su tenor literal. A continuación se señalan esos eventos:

La caución del artículo 513 del C. de P. C. Establece que para que pueda ejecutarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguro, equivalente al 10% del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares.

Es evidente, la falta de lógica que comete el legislador y de la misma disposición de la perinorma que no guarda relación con la endonorma, por lo cual, la caución que se exige es para responder por perjuicios que

podieran causarse con el embargo o secuestro de los bienes denunciados por el ejecutante como propiedad del ejecutado, con el propósito de proteger el crédito del ejecutante.

En este orden de ideas, la cuantía de la caución debe tener como predicado el bien que es el objeto de la medida. Sin embargo, la norma ordena tomar como referencia de la cuantía de la caución precisamente lo que no es objeto de esta.

Al respecto Juan Guillermo Velásquez señala como ejemplo que en una ejecución para el pago de una obligación cambiaría por el valor de \$1.000.000 la caución exigían fuera de 100.000 (10%) con el fin de garantizar los perjuicios que esa medida pudiera ocasionar por causa del embargo y secuestro de un bien que tiene un valor de \$50.000.000 (2.004, p. 394).

Bienes inembargables: El artículo 684 del Código de Procedimiento Civil consagró la inembargabilidad de algunos bienes “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales”.

Se podría considerar que la lista de los bienes inembargables es taxativa y los jueces así lo han entendido. Por ser de carácter restrictivo pudiera considerarse que la norma es específica. Sin embargo, no puede ignorarse que si el embargo o secuestro de un bien se opone al ejercicio de un derecho fundamental o recae sobre un bien afectivo del ejecutado, la medida cautelar quedará subordinada a ese derecho o bien..

Al respecto Velásquez propone como ejemplo que el ejecutante A pide el embargo y secuestro de un valioso aparato de diálisis o de un respirador artificial indispensable para la supervivencia del ejecutado B,

En este orden de ideas, el artículo 684 no es taxativo, y que en cada caso, frente a la confrontación con los derechos fundamentales, será menester proceder a una comparación de principios para determinar la supremacía de unos y otros. Esto es lo que respalda el derecho del ejecutante a embargar y secuestrar, y los que protegen al ejecutado de esas medidas.

Por otro lado, este citado artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no puede aplicarse literalmente en cuanto a que determine cuales son los bienes inembargables. Así, por ejemplo el numeral 10 señala que son inembargables, entre otros objetos “las ropas de familia que el juez considere indispensables, al menos que el crédito provenga del respectivo bien”. Es evidente que de acuerdo con el texto se interpretaría a contrario sensu, que las ropas de familia que el juez no considere indispensables si podrán embargarse. Es decir, que la medida cautelar afectaría a toda la familia del ejecutado y no exclusivamente a este.

Lo anterior, es una muestra de cuidado que deberá tenerse con el tenor literal de la ley, el cual, en más de un caso deberá desatenderse (una importante labor del operador judicial es la de tener la conciencia necesaria para detectar la falsa norma legal, para lo cual, le será de gran ayuda el manejo del Derecho Procesal Fundamental.

### **1.11. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA**

La doctrina italiana ha recomendado que las medidas cautelares deben practicarse de modo tal que no se produzca un trastorno en la economía local o Nacional. Por su parte, los Códigos de Procedimiento Civil Mexicanos advierten que en las ejecuciones se procurará no originar

trastornos a la economía social, llevando a cabo la ejecución en forma tal que permita conservar abiertas las fuentes de producción y de trabajo.

Sin embargo, en el campo práctico, son muchas las violaciones que se presentan al respecto, pues, muchas veces se procede a ejecutar la medida obviando a las personas y a un interés general que indirectamente se perjudican y las pérdidas económicas para las mismas. Tales como trabajadores de pequeñas y medianas empresas o las personas que tienen arrendado locales.

La ley colombiana nada dice al respecto. Pero el juez podrá evitar que el ejecutante provoque el cierre innecesario de un establecimiento comercial en el evento de que aquel pretenda el embargo y secuestro de los muebles (VELÁSQUEZ JUAN, 2.004).



## 2. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

### 2.1. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE EL OBJETO

Las medidas cautelares pueden ser de carácter personal o de carácter real , es decir que pueden recaer sobre los derechos personales de los ciudadanos o sobre los reales.

**2.1.1. MEDIDAS PERSONALES.** Las medidas cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

Estas medidas son cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho.

Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.”

Nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce entre las medidas cautelares de carácter personal el arresto (Art. 225), la aprehensión (Art. 226, 227, 229), la incomunicación (Art. 231), la detención preventiva (Art. 232 al 239) así como las medidas sustitutivas a la detención preventiva enumeradas en el Art. 240. Tanto la presentación espontánea como la citación no son medidas cautelares propiamente dichas, sino más bien medidas preventivas. La presentación espontánea (Art. 223) como medida preventiva, posibilita que el imputado mantenga su libertad y la citación trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión.(Art. 224).

**2.1.2. Medidas cautelares de carácter real.** Entre las medidas cautelares de carácter real tenemos las previstas en el Código de Procedimiento Civil, que deben imponerse únicamente en los casos expresamente indicados en ese código, y siempre que se trate de bienes propios del imputado. Entre ellas se consideran el embargo, la fianza, la anotación preventiva, la hipoteca legal, el secuestro, la intervención, etc. (Art. 222 par. II, 252 del NCPP y Art. 156 del CPC.).

A continuación pasamos a desarrollar brevemente cada una de estas medidas:

- **La presentación espontánea (Art. 223).** No es una medida cautelar propiamente dicha sino más bien debe considerársele como una medida preventiva.
- **La citación.** Trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión.(Art. 224). Si se tratara por ejemplo de un delito con pena

inferior a dos años, donde no pudiera ordenarse la aprehensión de una persona que no concurre a la citación, entonces el fiscal debe solicitarle a juez que lo declare rebelde.

El juez o tribunal previa constatación de la incomparecencia a la citación, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión. (Art. 87,89)

- **El arresto:** Es la privación de libertad de un ciudadano, que puede ser ordenado por el Fiscal o la Policía. El arresto debe aplicarse como última opción, únicamente de ser esto necesario.

Deben existir algunas circunstancias para que se pueda arrestar a un ciudadano cuando sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos del hecho y cuando se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación.

## **2.2. MEDIDAS CAUTELARES POR EL EFECTO QUE PRODUCEN**

**3.2.1. Medidas anticipatorias.** En síntesis, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia y pueden resumirse de la siguiente manera: a) Prestación de contracautela; b) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; c) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; d) la

conurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre “el peligro en la demora” corriente en las medidas cautelares. “En efecto, aquí se exige, además, la existencia de una situación conexas que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria)”<sup>12</sup>

Recordemos que ya en Calamandrei puede encontrarse antecedente respecto de la potestad genérica del juez para dictar medidas cautelares innominadas y de urgencia. El citado autor señala que las providencias cautelares pueden asumir diversas formas que –estima- cabe reducir a cuatro tipos: “Las providencias instructorias anticipadas” (conservatorias de pruebas), “Las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada”, “Las decisiones anticipadas y provisorias de mérito” (tutela anticipada) y “Providencias que imponen cauciones judiciales”. A su entender, “... el tercer grupo está compuesto por providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables..., la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisorio del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisorio de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario. (1997, p.58).

---

<sup>12</sup> PEYRANO, Marcos L., “La sentencia anticipatoria y su aplicación inmediata para satisfacer las demandas de los damnificados por cortes de luz”, diario La Ley, 30-3-99, p.1.

Esta medida otorga preponderancia a la actividad del juez quien ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

**3.2.2. Innovativas.** Son aquellas que producen una modificación provisoria.

### **3.3. MEDIDAS CAUTELARES POR EL TRATAMIENTO LEGAL**

**3.3.1. Nominadas.** Según que estén expresamente señaladas y reguladas en el ordenamiento.

**3.3.2. Innominadas.** Según que no estén expresamente señaladas o reguladas por el ordenamiento.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DIFERENTES PROCESOS CIVILES**

#### **3.1. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ORDINARIO**

El proceso ordinario debe estar protegido para sus fines para que no queden en simples piezas jurídicas, sino que se conviertan en realidad existente. no obstante el sistema cautelar dentro del proceso ordinario es restringido, dado que lo incierto de los derechos no siempre hace prudente acudir al régimen de cautela. Es decir, se limita la procedibilidad de la medida cautelar, pues, de lo contrario podría tomarse inadecuada, imprudente y arbitrariamente.

Cuando la demanda versa sobre dominios u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o en una universalidad de bienes, de hecho o de derecho a petición del demandante del juez decretará: La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes hechos a registro, el secuestro de los bienes muebles.

“Las medidas no sólo son procedente cuando la demanda verse sobre dominios, usufructo, uso, habitación, servidumbre, herencia, sino también cuando mediante pretensiones consecuenciales o subsidiarias se busca la concreción de los aludidos derechos, cuando consecucionalmente a la resolución de un contrato, a la declaratoria de nulidad o de simulación se solicita la restitución del bien; la legislación permite la medida cautelar cuando la pretensión de filiación se acumula consecucionalmente la petición de herencia, como cuando directamente se esgrime esta. Para la procedencia de estas medidas no interesa la cuantía del proceso ordinario”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Urazan Bautista, Juan Carlos. Derecho procesal civil. Tomo 1. Bogotá. Doctrina y ley. 1.994. P. 310.

### **3.2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y DIVORSIO, DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DE BIENES Y DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES CONYUGALES**

Para nadie es desconocida la simulación de deudas con la finalidad de disminuir el haber social; se trata del caso en el que cónyuge crea ficticiamente acreencias y un tercero pretendidamente titular de las mismas las hace efectivas, para entregar el resultado al cónyuge conviviente, pues, el embargo y secuestro practicados en estos procesos no impide perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en procesos de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte.

La ejecutoria de la sentencia que decreta la disolución de la sociedad conyugal es el punto que marca la independencia patrimonial, es decir, no se requiere agotar la etapa de liquidación para obtener la señalada independencia. Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que se levanten las medidas que afecten sus bienes propios. En este orden de ideas, se podrá solicitar el levantamiento de medidas cautelares que afectan los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse, los que adquieran durante la sociedad a título gratuito, los adquiridos durante la sociedad a título oneroso (subrogado a bienes exclusivamente propios), los adquiridos una vez disuelta la sociedad. En los casos mencionados los bienes no son objeto de gananciales sino que son objeto del respectivo cónyuge.

### **3.3. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS**

Aunque en diferentes procesos contenciosos de conocimiento y de liquidación y, en general, en todos los de ejecución, son no solamente

posibles sino útiles las medidas cautelares patrimoniales, es en el proceso ejecutivo para el pago de sumas de dinero, más que en cualquier otro, donde se puede apreciar la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones con bienes del demandado de valor suficiente para cubrirla, en el evento de que aquel no satisfaga oportuna y voluntariamente la deuda, y es igual mente el proceso en el que la ley permite que las medidas indispensables para tal aseguramiento se puedan producir sin conocimiento ni consentimiento del demandado, quien únicamente se entera normalmente cuando aquellas ya se han consumado o están en vía de hacerlo.

Sin embargo, en un país como Colombia no es muy difícil averiguar por parte del demandado si va a hacer ejecutada la medida, pues, existe una evidente lealtad de los empleados judiciales, casos también de su ingenuidad y de las maneras como se llevan los libros de erradicación en las secretarías, permitiendo que cualquiera tenga acceso a la información que se supone es reservada.

En el proceso ejecutivo singular la solicitud de medidas cautelares se formula en escrito separado (inc. 4 del art. 513 del C. de P. C.), pero el requisito de escrito separado no obra para todo proceso, vr. gr., la solicitud de embargo y secuestro en el ejecutivo basado en garantía real se efectúa en la misma demanda; el embargo y secuestro en los procesos de nulidad y divorcio, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, se solicita en la misma demanda; cosa diferente es que para los efectos del "decreto y la práctica de medidas cautelares" se forme cuaderno aparte (art. 125 del C. de P. C.).

El Juez debe resolver las solicitudes de medidas cautelares, a más tardar al día siguiente del reparto o de la presentación de ellas (art. 685 del C.



de P. C.) pues la celeridad en la evacuación va aunada a la finalidad asegurativa.

Nuestra legislación procesal civil optó por inventariar las situaciones en que hay lugar a practicar medidas cautelares, reduciendo al máximo la actividad judicial de calificar los presupuestos para decretarlas. En el Código de Procedimiento Civil se advierte absoluta taxatividad en esta materia, de tal suerte que sólo es concebible la práctica de medidas cautelares en las precisas situaciones expresamente previstas en la ley; de carecer de autorización legal expresa para adoptarlas no puede hacerlo el juez civil aunque le parezca de extrema conveniencia. Empero, sin contrariar la anunciada regla de la taxatividad, la autorización legal para ordenar medidas cautelares puede ser genérica, como cuando respecto de algunas situaciones se le permite al juez seleccionar las precauciones que, en su criterio, gocen de mayor aptitud para el propósito establecido, por ajustarse mejor a las necesidades del caso concreto. En estos casos el juez escoge las medidas no sólo entre las reguladas en la norma sino también entre las que su imaginación le indique.

Aunque respecto de algunos tipos de procesos el código específicamente le asigna al juez la función de calificar los presupuestos para ordenar la medida cautelar, regularmente dicha calificación la ha hecho el legislador por anticipado en forma abstracta, cuando no ha prescindido enteramente de aquellos. Así, en el proceso de alimentos el juez debe calificar la verosimilitud del derecho invocado previamente a ordenar el suministro de la pensión alimentaria provisional (art. 448 C. P. C.), pues el legislador anticipadamente ha considerado el perjuicio por la demora en el trámite, en tanto que en el proceso de impugnación de las decisiones adoptadas por asambleas o juntas de sociedades civiles o

mercantiles, el juez, para ordenar la suspensión provisional del acto impugnado, debe calificar el perjuicio por la demora en el trámite, haciendo abstracción de la verosimilitud del derecho, al paso que en el proceso de divorcio se puede ordenar el embargo y secuestro de los bienes de la sociedad conyugal sin consideración a la verosimilitud del derecho ni al perjuicio por la demora.

### **3.4. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL**

Aun cuando contemplada de manera restringida el estatuto arbitral muestra un avance al permitir que pueda darse a petición de una de las partes las medidas cautelares del registro de la demanda (inscripción del proceso), así como el secuestro de bienes muebles, siempre y cuando las determinaciones que pueden proferir los árbitros resuelvan controversias que recaigan sobre dominios u otro derecho real, se advierte que el estatuto arbitral omitió la referencia a la expresión o “en subsidio de otra” y de “hecho o de derecho”, más por estimarse superflua como en efecto lo son que para una operación restringida de la operancia de estas cautelas.

La afectación directa o indirecta de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles la que permite la medida cautelar de inscripción del proceso o del secuestro de bienes muebles que, cuando se trata de esta última, es decir, del secuestro, debe necesariamente recaer sobre especies determinadas y jamás es predicable para reclamar dominio sobre dinero, pues siempre que se trata de solicitar que se ordene la restitución de determinada suma de dinero la acción es personal nunca real.

La razón ostensible, elemental: Por trata del dinero de bien fungible, tal característica indiscutida determina la absoluta imposibilidad de ejercitar el derecho de persecución que es uno de los atributos salientes del derecho real. En este orden de ideas, los derechos personales o crédito son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

## **4. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO Y SECUESTRO**

### **4.1. EL EMBARGO**

Un de las cautelas jurisdiccionales de tipo patrimonial común por excelencia es el embargo, pues, todas las legislaciones la han regulado tomando en cuenta principios fundamentales elaborados por la doctrina.

El embargo es definido como la afectación de bienes a un proceso con diferentes finalidades, según la clase de proceso principal que se adelanta, es decir, le proporcionará al juez los medios necesarios para la eficaz ejecución de la tendencia. “Embargo es pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal”<sup>14</sup>.

La medida de embargo hace sentir, con singular intensidad, el accionar de la justicia, pues las personas por lo general no se inmutan ante la formulación de la demanda, conducta que cambia radicalmente cuando se está frente a la práctica de cautelas, toda vez que el imperio de la administración de justicia desborda los marcos de la oficina judicial para trascender al ámbito material de la comunidad.

El principal propósito del el embargo es poner los bienes fuera del comercio. “Esta medida cautelar aplicable a todo tipo de bienes (muebles, inmuebles, derechos), excluye el bien sobre el que recae del tráfico jurídico pues, de acuerdo con el Art. 1521 del C.C. su enajenación o gravamen constituye objeto ilícito, al disponerse que se da el mismo en

---

<sup>14</sup> GAUSP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3ª edición Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1.997. P. 419.

la enajenación de las cosas embargadas por el decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”<sup>15</sup>.

Es evidente, que toda ocupación, aprehensión o retención de bienes bajo el mando de un juez competente y bajo la justificación de una deuda significa la realización de un embargo. Por lo tanto, el embargo busca asegurar la satisfacción del compromiso pecuniario que una persona a contraído realmente. Además, el embargo es un acto procesal por virtud del cual se aseguran determinados bienes según la naturaleza de los mismos para que estén a la resulta del juicio.

En este orden de ideas, mediante el embargo se persigue asegurar la efectividad de la demanda realizada por el acreedor contra las acciones del deudor que al enajenar o gravar sus bienes merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones. “El embargo es el acto procesal mediante el cual se inmoviliza jurídicamente un bien en cabeza de una persona”<sup>16</sup>.

No obstante, en algunas casos, puede ocurrir que la práctica del embargo no produzca ninguna alteración en la posesión material del bien. “El poder coactivo del Estado obra en su sentido más puro y sin aparente molestia al asociado porque, salvo la importante consecuencia jurídica que en virtud del embargo no se puede disponer del bien, la situación de hecho se mantiene inalterada, tal como ocurre, cuando se embarga un inmueble donde la medida para nada lesiona aspectos de tenencia o posesión material”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II. Séptima edición. Dupre editores. Bogotá. 1.999. P. 618.

<sup>16</sup> MORA, Nelson. Procesos de ejecución. 2ª edición. Temis. Bogotá. 1.973. P. 294.

<sup>17</sup> Lopez Blanco, Hernan Fabio. Ob. Cit., P. 619.

Hay objeto ilícito en la enajenación "de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello" (num. 3 del art. 1.521 del C. C.). En consecuencia, es válido el contrato de enajenación (compraventa, permuta), pues el contrato constituye título y no modo de adquirir el dominio; por tanto, la nulidad afecta el registro cuando se trata de bienes inmuebles o bienes muebles sujetos a éste, o la entrega si se trata de bienes muebles no sometidos a registro. Ejemplo: "X" podrá firmar a "Y" la escritura pública de compraventa de inmueble que se encuentra embargado, pero no se podrá registrar si no basta que el bien inmueble se libere, pues de lo contrario el registro queda afectado de nulidad, mas no el contrato de compraventa elevado a escritura pública.

Si el bien no pertenece al sujeto de derecho contra quien se decretó la medida cautelar, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, éste de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo, asunto que está acorde con lo dispuesto por el num. 7 del art. 687 del C. de P. C.

Más, sin embargo, en otras ocasiones el embargo no solo implica que el bien queda excluido del tráfico jurídico, pues, implica la inmediata restricción en el uso del bien afectado por la medida.

En este orden de ideas, constituye más que un simple acto o un proceso para su ejecución; y como todo proceso requiere de un conjunto de pasos que permitan configurar su realización. Estos son la Acción de embargo, decisión, ejecución y contradicción entre otros.

Por lo tanto, origina un cuadro peculiar de poderes y deberes para los distintos sujetos procesales que en él intervienen, de tipo patrimonial que

recae sobre bienes y derechos. Sin embargo, los bienes muebles no sujetos a registros se consumen mediante un secuestro.

El artículo 681 de la ley 794 de 2.003 señala que para efectuar los embargos se debe proceder así: El de bienes sujetos a registro se comunicará al respectivo registrador, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro, si aquellos pertenecieren al afectado con la medida, lo inscribirá y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre su situación jurídica en un período de veinte años, si fuere posible. Una vez inscrito, el oficio de embargo se remitirá por el registrador directamente al juez junto con dicho certificado.

Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez, si lo registra, éste de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta, cuando se trate de ejecutivo con garantía real, lo dispuesto en el parágrafo del Artículo 554.

Además, el de los derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra, se perfeccionara previniendo a aquélla y al obligado al respectivo pago, que se entiendan con el secuestro para todo lo relacionado con las mejoras y sus producidos o beneficios.

Para el embargo de mejoras plantadas por una persona en terrenos baldíos, se notificará a ésta para que se abstenga de enajenarlas o gravarlas.

De igual forma, el de bienes muebles no sujetos a registro se consumará mediante su secuestro, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes.

Sin embargo, el de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, con el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo firmará por el cualquiera persona que presencie el hecho.

Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con que con anterioridad se hubiere comunicado y si se le notificó antes -alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquélla, so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

Si el deudor no efectúa el pago oportunamente, el juez designará secuestro quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestro; en caso contrario le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.

El del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decreto, y los anteriores que no hubieren sido cancelados.



Otro aspecto, es el de derechos o créditos que la persona contra quien se decreta el embargo persiga o tenga en otro proceso, la cual se comunicará al juez que conozca de él para los fines consiguientes, y se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del. oficio en el respectivo despacho judicial.

Además, las acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores a la orden, se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa emisora o al representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, de lo cual debela dar cuenta al juzgado dentro de los tres días siguientes, pena de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales El embargo se consideraría perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio y a partir de esta no podrá aceptarse ni autorizarse transferencia ni gravamen alguno.

El de acciones, títulos, bonos y efectos públicos, títulos valores y efectos negociables, a la orden y al portador, se perfeccionará con la entrega del título al secuestre.

Los embargos previstos en este numeral se extienden 3 los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, que se consignarán oportunamente por la persona a quien se comunicó el embargo, a órdenes del Juzgado en la cuenta de depósitos Judiciales, so pena de hacerse responsable de dichos valores y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

El secuestre podrá adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas y promover cualesquiera otras medidas autorizadas por la ley con dicho fin tendrá acceso a los libros o comprobantes de la sociedad y podrá solicitar exhibición de ellos.

El del interés de un socio en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada u otra de personas, se comunicará a la autoridad encargada de la matricula y registro de sociedades, la que no podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés, ni reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique la exclusión del mencionado socio o la disminución de sus derechos en ella.

A este embargo se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del numeral anterior, y se comunicará al representante de la sociedad en la forma establecida en el inciso primero del numeral 4, a efecto de que cumpla lo dispuesto en tal inciso.

Si el deudor o la persona contra quien se decreta el embargo fuere socio comanditario, se comunicará al socio o socios gestores o al liquidador, según fuere el caso. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio.

No obstante, el del interés de un socio en sociedades civiles sometidas a las solemnidades de las comerciales, se perfeccionará en la forma prevista en el numeral 7°. El de otras sociedades civiles se comunicará a los demás socios y al gerente o al liquidador, si lo hubiere, y se aplicará lo dispuesto en los incisos primero y tercero del numeral 6.

El de salarios devengados o por devengar, se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4° para

que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y haga oportunamente las consignaciones a órdenes del juzgado, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores e incurrirá en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

Si no se hicieren las consignaciones el Juez designará secuestre que deberá adelantar el cobro Judicial, si fuere necesario.

El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podía exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento. Aquellos deberán consignar las sumas retenidas en la cuenta de depósitos judiciales, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

El de derechos pro indiviso en bienes muebles, se comunicará a los otros copartícipes, advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos deben entenderse con el secuestre.

En este orden de ideas, en todos los casos en que se utilicen mensajes electrónicos, los emisores dejarán constancia de su envío y los destinatarios, sean oficinas públicas o particulares, tendrán el deber de revisarlos diariamente y tramitarlos de manera inmediata.

**4.1.1. Embargo Preventivo.** El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan o inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o en un

proceso de ejecución a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten.

El embargo preventivo se puede tomar sobre cosas o bienes individualizados o sobre universalidad de cosas.

Este tipo de medidas no implican que los bienes embargados queden fuera del comercio sino que los colocan en la situación de poder ser enajenados con autorización del juez que decretó la medida.

**4.1.2. Inhibición general de Bienes.** Es la medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en Registros Públicos y por tanto a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos. No es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes, en el sentido de que no puede constituir ningún escribano actos de disposición sobre ellos, sin orden judicial de levantamiento total o parcial.

Es una medida de garantía que funciona en resguardo de un mismo interés, cual es el de asegurar al acreedor la efectividad de su crédito. Procede el embargo, sobre los bienes inscriptos en los registros públicos que el acreedor conoce y la inhibición extiende la medida cautelar a los bienes inscriptos que el acreedor desconoce.

Para que proceda la inhibición bastará la manifestación del acreedor de que no conoce bienes de propiedad del deudor para denunciarlos a embargo, sin que corresponda justificación de su aserto.

La inhibición general de bienes es una medida destinada a impedir que el deudor disminuya su patrimonio , y no a que lo aumente con nuevas adquisiciones.

En atención a los daños que puede acarrear la inhibición general al limitar la disposición de bienes, el deudor está habilitado para pedir su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución bastante. Los bienes ofrecidos deben ser suficientes en relación al crédito que se reclama y las costas del juicio.

**4.1.3. Prohibición de Innovar.** Es una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La prohibición de innovar constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornado la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables.

La prohibición de innovar es una consecuencia de la litispendencia: para que proceda es indispensable que exista una causa pendiente. Habiéndola puede decretarse tanto al iniciarse el proceso como durante su curso.

**4.1.4. Prohibición de Contratar.** Establece el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que "cuando por ley o contrato o

para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición , disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante."

Es decir que procede cuando la prohibición de contratar surge de la ley, cuando ha sido estipulada en un contrato y cuando se proponga asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio.

Ejemplo de prohibición legal son los casos de los arts. 1358 al 1361 y 1449 al 1452 del Código Civil, y ejemplo de prohibición contractual son el mutuo hipotecario la prohibición de locar, en la locación la prohibición de ceder o sublocar, en la compraventa de negocios, la prohibición de ejercer la misma actividad que se realizaba en el fondo de comercio enajenado.

**4.1.5. Reducción de embargos.** El artículo 517 de la ley 794 de 2.003 establece que practicado el avalúo y antes de que se fije fecha para remate, el ejecutado podrá solicitar que se excluyan del embargo determinados bienes, por considerarlo excesivo. De la solicitud se dará traslado al ejecutante por tres días, en la forma que establece el Artículo 108.

El Juez decretará el desembargo parcial, si del avalúo aparece que alguno o algunos de los bienes son suficientes para el pago del crédito y las costas, teniendo en cuenta la proporción señalada en el Artículo 513, a menos que los que hayan de excluirse sean objeto de hipoteca o prenda que garantice el crédito cobrado, o se perjudique el valor o la venalidad de los embargados.

No obstante, dentro del traslado de que trata el inciso primero, el ejecutante podrá pedir que el desembargo recaiga sobre bienes diferentes de los señalados por el ejecutado, y así lo dispondrá el juez si con ello se facilita la licitación.

No habrá lugar a reducción del embargo respecto de bienes cuyo remanente se encuentre embargado.

En cualquier estado del proceso, aún antes del avalúo de los bienes, y una vez consumados los embargos y secuestros, el juez, de oficio, cuando considere que las medidas cautelares son excesivas, requerirá al ejecutante para que en el término de cinco días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las- explicaciones a que hubiere lugar. El juez decidirá lo pertinente con sujeción a los criterios previstos en inciso segundo de este artículo.

**4.1.6 Persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro.** El artículo 543 de la ley 794 de 2.003 establece que quien pretenda perseguir ejecutivamente en un proceso civil bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la acumulación de ellos, podrá pedir el embargo de los que por cualquier causa se llegaren a desembargar y el del remanente del producto de los embargados.

Cuando estuviere vigente alguna de las medidas contempladas en el inciso primero, la solicitud para suspender el proceso deberá estar suscrita también por los acreedores que pidieron aquellas. Los mismos acreedores podrán presentar la solicitud de orden de remate y hacer las publicaciones para el mismo.

La orden de embargo se comunicará por oficio al juez que conoce del primer proceso, cuyo secretario dejará testimonio del día y la hora en que la reciba, momento desde el cual se considerará consumado el embargo a menos que exista otro anterior, y así lo hará saber el juez que libró el oficio.

Practicado el remate de todos los bienes y cancelado el crédito y las costas, el juez remitirá el remanente al funcionario que decretó el embargo de este.

Cuando el proceso termine por desistimiento o transacción, o si después de hecho el pago a los acreedores hubiere bienes sobrantes, estos o todos los perseguidos, según fuere el caso, se considerarán embargados por el juez que decretó el embargo del remanente o de los bienes que se desembarquen, a quien se remitirá copia de las diligencias de embargo y secuestro para que surtan efectos en el segundo proceso. Si se trata de bienes sujetos a registro, se comunicará al registrador correspondiente que el embargo continúa vigente en el otro proceso.

También se remitirá al mencionado juez copia del avalúo, que tendrá eficacia en el proceso de que conoce, dándole traslado al ejecutante por el término y para los fines consagrados en el Artículo 238. La objeción se decidirá en tal caso por auto apelable en el efecto diferido.

#### **4.2. EL SECUESTRO**

A diferencia del embargo, el secuestro si está definido en la ley. El art. 2273 del C.C. señala que “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”<sup>18</sup>.

Por lo tanto, el secuestro genera la aprehensión material de los bienes y las restricciones a la posesión o tenencia que en ellos exista, porque los bienes a poder del secuestre, quien será su tenedor. El secuestro no constituye un proceso cautelar autónomo; es un momento de la cautela embargo, es decir, en los bienes sujetos a registro esta es la segunda etapa de embargo y en los bienes no sujetos a registro, el embargo se realiza con el secuestro.

En síntesis, el secuestro, a semejanza del embargo, es una medida real y conservativa. Consiste en la aprehensión física de los bienes por parte del juez, lo que supone el despojo de la tenencia respecto de quien materialmente los viene detentando. Como es obvio, a diferencia de lo que se indicó con respecto al embargo, el secuestro sí altera la situación física del bien, pero no su situación jurídica, aunque en la práctica es bien difícil encontrar quién quiera adquirir a título oneroso un bien secuestrado.

No obstante ser medidas cautelares distintas, autónomas e independientes, con frecuencia ambas, embargo y secuestro, van de la mano. En algunas ocasiones el secuestro es complementario del embargo; otras veces sirve para perfeccionarlo.

Tratándose de bienes legalmente sujetos al sistema de registro, cual ocurre con los inmuebles, el embargo se realiza mediante la anotación de la medida en el respectivo registro; con posterioridad podrá realizarse el secuestro. En materia de bienes no sometidos a registro, entre los que

---

<sup>18</sup> *Ibíd.* P. 620.

se cuentan los títulos endosables, la única forma de restringir su comerciabilidad es con la aprehensión física, lo que significa que el embargo sólo puede perfeccionarse mediante el secuestro.

Los derechos de crédito, excepto los títulos transferibles por endoso, lo mismo que los derechos reales en comunidad se embargan mediante una comunicación del juez al deudor o a los comuneros, según el caso.

Para la realización del secuestro es preciso que el juez (el de conocimiento o el comisionado) se desplace al lugar en donde se encuentran los bienes, los identifique y los ponga bajo la custodia y administración de un auxiliar de la justicia denominado secuestre sin desconocer los derechos de eventuales poseedores ajenos al debate procesal, quienes pueden oponerse al secuestro una vez identificados los bienes en forma muy similar a la explicada a propósito de la diligencia de entrega, conservando la posibilidad de obtener el levantamiento del secuestro mediante incidente, en caso de no haber contado con apoderado judicial para la oposición.

#### **4.3. DILIGENCIA DE SECUESTRO**

La diligencia de secuestro no pocas veces genera trauma individual, familiar y social, pues es la administración de justicia irrumpiendo en fincas, casas, oficinas, edificios, etc., como que el secuestro consiste en la aprehensión material de los bienes; el ciudadano palpa el accionar de la justicia, entra en relación material con los servidores del Estado y la fuerza pública. El secuestro de bienes sujetos a registro se practica una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación del registrador aparezca el demandado como su propietario (art. 515 del C. de P. C.).

El secuestro de automotores generalmente se halla precedido por la captura a cargo de los organismos de seguridad, si se tiene en cuenta el desplazamiento y de estas unidades de rodamiento. Algunos funcionarios proceden de manera inmediata a la captura, a practicar la diligencia de secuestro, so pretexto que; en auto anterior se dispuso "tan pronto", "inmediatamente", "una vez", etc., efectuada la captura se procederá a realizar la diligencia de secuestro. La conducta violenta al num. 1 del art. 682 del C. de P. C., pues la norma exige auto contentivo de "fecha y hora" para la diligencia y, es indudable, en aquella, sui generis modalidad, jamás se puede decir que ha mediado auto señalando y "fecha y hora" para el efecto; y, qué decir, por ejemplo, de los derechos de la parte peticionaria de la cautela si se formula oposición al secuestro.

Algunos consideran que el comitente siempre se encuentra en el deber de designar secuestre, pero el comisionado lo puede hacer por tener "las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue" (inc. 1 del art. 34 del C. de P. C.); en ocasiones será más práctico que el secuestre se encuentre radicado en el lugar de la diligencia y no en el lugar del proceso. Si el secuestre designado por el comitente no asiste a la diligencia ésta no se frustra, pues debe reemplazarlo en el acto como lo indica el num. 1 del art. 682 del C. de P. C.; quienes intentan sostener la tesis contraria argumentan que conforme a lo dispuesto por el num. 1 del art. 9 del C. de P. C. los auxiliares de la justicia son designados "por el juez del conocimiento", normatividad cierta, pero que así manejada no es de recibo, pues se olvida que el inc. 1 del art. 34 del C. de P. C. dice que el funcionario comisionado tiene "las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue"; es indispensable la asistencia del secuestre a la diligencia, por

tanto, si no se presenta, así como el comitente designa los auxiliares de la justicia, así mismo el comisionado, por ser aspecto en directa "relación con la diligencia" delegada, queda con el poder y deber de reemplazar en el acto al secuestre ausente.

El funcionario comisionado no requiere estar facultado por el comitente para reemplazar al secuestre; se trata de mandato legislativo que opera en el funcionario que practica la diligencia, sin interesar si se trata de funcionario del conocimiento o de funcionario comisionado, como que el num. 1 del art. 682 del C. de P. C. no diferencia y el inc. 1 del art. 34 del C. de P. C. indica que el comisionado tiene "las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue". Según lo anterior, no tiene asidero legal la pretendida necesidad de facultad expresa, lo que a todas luces resulta redundante, por estar previsto en la ley. En el frecuente caso del comitente que no designa al auxiliar de la justicia para los efectos de la diligencia, tampoco el comisionado requiere estar facultado expresamente para designar secuestre, pues el inc. 1 del art. 34 del C. de P. C. dispone que el comisionado tiene "las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia delegada"; entre las que se encuentra la de designar secuestre, como que se relaciona directamente con la diligencia delegada; es desatinado entonces, pretender que el comitente reitere esas facultades para cada caso.

El secuestre es auxiliar de la justicia no sometido al requisito de diligencia de posesión del cargo, pues con la aceptación escrita jurada (inc. 3 del num. 8 del art. 9 del C. de P. C.) se tiene por posesionado. Si el secuestre es reemplazado en el acto de la diligencia, el nuevo auxiliar tampoco requiere diligencia de posesión, bastando la aceptación jurada verbal del cargo para tenerlo por posesionado; en tal eventualidad no es procedente diligencia de posesión porque el ordenamiento procesal civil

no la consagra para los secuestres; es cierto que el num. 8 del art. 9 del C. de P. C. no prevé la aceptación verbal que comentamos, pero no significa que tenga que acudirse a diligencia de posesión que el legislador de 1989 erradicó en aras de simplificación procesal, o que tenga que exigirse la aceptación por escrito, pues es requisito no acorde con la naturaleza de la actuación oral.

La entrega de bienes al secuestro se efectúa previa relación de ellos en el acta, con indicación del estado en que se encuentren. Esta importante disposición es útil para precisar la responsabilidad del depositario judicial, pues es la noticia escrita en torno a los bienes entregados y al estado de los mismos. En la práctica se busca cumplir con expresiones tales como "sin comprobar el estado de funcionamiento", "en regular estado de conservación", "en pésimo estado"; se debe estar atentos a la relación de bienes e indicación del estado de los mismos, pues una especificación defectuosa puede permitir la sustracción o cambio de bienes, o que como medida preparatoria al abuso que se buscará hacer del bien, se diga que éste se encuentra en mal o regular estado de conservación o funcionamiento.

El secuestro de derechos proindiviso en bienes, muebles o inmuebles, implica que el secuestro únicamente ocupe la posición del titular de aquellos derechos proindiviso embargados y secuestrados, es decir, la medida cautelar no puede ir en detrimento de los otros comuneros o condueños; el secuestro en pretexto de su cargo no podrá afectar a aquellos, vr. gr., arrebatándoles el bien, mueble o inmueble, materia de la cautela. El Tribunal de Medellín dice: "...como al auxiliar de la justicia... no se le pueden entregar materialmente los bienes que contienen el derecho proindiviso judicialmente perseguido, puesto que se afectarían los derechos de los demás condueños, el secuestro de tal derecho debe

efectuarse de una manera simbólica, previniendo a los demás comuneros, para que en lo sucesivo se entiendan con el secuestro... Quiere decir lo anterior que el auxiliar de la justicia entra a reemplazar al titular de los derechos proindivisos secuestrados y por ende, corresponde a éste percibir los frutos.

#### **4.3.1 Oposiciones Al Secuestro**

El artículo 686 del C. de P. C. consagra las reglas atinentes a las oposiciones que se presenten en el momento de practicarse la diligencia del secuestro de bienes, al respecto dispone: Si al practicarse el secuestro, los bienes se hallan en poder de quien alegue y demuestre siquiera sumariamente título de tenedor con especificación de sus estipulaciones principales, anterior a la diligencia y procedente de la parte contra la cual se decretó la medida, ésta se llevará a efecto sin perjudicar los derechos de aquél, a quién se prevendrá que en los sucesivos se entienda con el secuestro que ejercerá los derechos de dicha parte con fundamentó en el acta respectiva que le servirá del título, mientras no se constituya uno nuevo.

#### **4.4. CUMPLIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

Los oficios y despachos incluidos los que comunican las ordenes de embargo y secuestro de bienes, serán firmados únicamente por el secretario del juzgado.

En este orden de ideas, los mismos, solamente se entregaran a la parte interesada (ejecutante o apoderado judicial) inmediatamente se haya

notificado personalmente el auto que libró mandamiento ejecutivo según lo dispone el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil.

Esta norma también señala que las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, y si fueran previas al proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.

El artículo 132, inciso quinto del C. de P.C. ordena que la devolución del despacho para la práctica de medidas cautelares, la hará directamente el funcionario comisionado, esto es que no podrá entregársele al ejecutante o a su apoderado, aunque éstos hayan sido quienes lo llevaron al comisionado.

#### **4.5. BIENES INEMBARGABLES**

El art. 684 del C. de P. C. elabora un catálogo de bienes inembargables, pero advierte que también opera la inembargabilidad dispuesta en leyes especiales, las de ahorros, pues con la finalidad de estimular el ahorro se consagra la inembargabilidad de aquellos depósitos constituidos en cajas de ahorros y en las secciones de ahorro de los bancos hasta determinados montos, topes que periódicamente se aumentan ante la desvalorización de la moneda.

Los de uso público. Los bienes de uso público son aquellos cuyo dominio es de la República y su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, calles, plazas, puentes, caminos (art. 674 del C. C.); de permitirse la medida cautelar generaría traumas inimaginables en el desarrollo jurídico y material de la República. Como lo señala el art. 674

del C. C. y como la expresión lo enseña, son bienes de uso público porque "su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio".

Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales. Se entiende que si no se protegieran aquellas sumas la administración se podría paralizar en el desarrollo del cumplimiento de sus objetivos; la causal de inembargabilidad, entonces, se encuentra fundamentada en la necesidad de proteger el interés público. La excepción correspondiente a las obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales, protege al trabajador, por tanto, también se trata de un fundamento social.

Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas; la inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados. Los conceptos anteriores no pueden ser embargados en su totalidad, puesto que son remanente para manutención del trabajador y su familia, a más de la obtención de algún bienestar vital de éstos; en este orden de ideas el legislador solamente permite el embargo de una parte de "los salarios y las prestaciones sociales".

La condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios, sin interesar su valor material, pues el legislador desea el respeto al contenido moral que aquellos representan; de ahí por qué se exige que hayan sido "recibidos por actos meritorios".



Los uniformes y equipos de los militares, con lo cual se respeta el sentido del honor en que éstos deben ser formados.

Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos, asunto que obedece a respeto por la naturaleza en que nos desenvolvemos.

Los bienes destinados al culto religioso, con lo cual se protege vital sentimiento del ser humano; al amparo de creencias religiosas se han perpetrado los mas atroces hechos, como obtenido los mayores logros. En este orden de cosas el legislador prefiere alejarse de cualesquier molestia a lo que tiene que ver con ello.

Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien. Se protegen necesidades primarias del ser humano, por lo que su inembargabilidad es de absoluta comprensión.

Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó la cautela, a juicio del juez, "a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien". La organización estatal no priva a la persona de los instrumentos básicos para su trabajo individual y, de una u otra forma, desarrolla la garantía constitucional del derecho al trabajo.

La necesidad es precisada por el juez y, como no existen reglas determinadas, debe observar acendrada prudencia para catalogar los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual.

Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó la cautela y de su familia durante un mes, a criterio del juez. Tiene especial sustrato humano, como que se refiere al sustento alimenticio de la persona afectada con la medida cautelar.

Los objetos que se posean fiduciariamente. El bien, de todas maneras, está en propiedad del fiduciario, pues se trata precisamente de propiedad fiduciaria, condicionada valga decir; no obstante, el legislador consagra esta garantía, teniendo en cuenta que la fiducia obedece a determinadas finalidades.

#### **4.6. CAUCIONES**

Una caución es una garantía que la autoridad jurisdiccional exige para la realización de algunas actuaciones procesales o para el mantenimiento de ciertas situaciones jurídicas o de hecho (unas y otras definidas previamente por el ordenamiento), con el propósito de precaver las consecuencias nocivas que pueden derivarse de la situación o de la actuación procesal, o de asegurar la obediencia de un determinado sujeto.

Gracias a la existencia de las cauciones puede obtenerse la realización de ciertas actuaciones, ofreciendo simultáneamente protección suficiente a los eventuales afectados con ellas. Así sucede, por ejemplo, con la caución exigida para garantizar el resarcimiento de los perjuicios derivados de la actuación incidental promovida por el tercero poseedor que promueve incidente para recuperar la posesión de que ha sido despojado mediante una diligencia de entrega o de secuestro (4°, art. 338, num. 8 art. 687 C. P. C.), la que debe prestar el demandante en el

proceso de expropiación para obtener la entrega anticipada del bien (art. 457la que se exige al demandante en proceso ejecutivo para la práctica de medidas cautelares de embargo y secuestro previos a la ejecutoria del mandamiento de pago (art. 513), la que debe prestar el demandante para obtener la inscripción de la demanda o el secuestro de muebles en proceso ordinario, o la que tiene que constituir el secuestro para garantizar el cumplimiento de su función.

La exigencia de caución como medida de aseguramiento en la investigación penal tiene la finalidad de garantizar la comparecencia del sindicado al despacho judicial para facilitar el trámite del proceso. Cuando la caución sirve para garantizar la reparación de los eventuales perjuicios que se deriven de la práctica de medidas cautelares, se convierte en una cautela contra la medida cautelar, por lo que ha dado en llamársele contracautela.

También sirve la caución para evitar la materialización de actuaciones cuyas consecuencias adversas pueden ser graves, cual ocurre con la que debe prestar el demandado para impedir la práctica de medidas cautelares (art. 519 e inciso final del art. 690), o para impedir el cumplimiento de la sentencia de segunda instancia mientras se surte el recurso de casación (inc. 5° art. 371), o para impedir el secuestro de bienes inmuebles solicitado por el demandante que obtuvo sentencia favorable de primera instancia, si ésta ha de ser revisada en segunda (art. 690 num. 5 inc. 3°)

Igualmente, las cauciones sirven para garantizar la obediencia o el adecuado comportamiento de un individuo. Esto sucede con la caución que presta el curador de la herencia yacente (numeral del artículo 582), el secuestro (inciso 3° del artículo 683), o la que se le exige al sindicado

en la investigación penal para asegurar su comparecencia al proceso cuando sea requerido.

A más de las notas características de instrumentalidad y provisionalidad que son comunes a las medidas cautelares y a las cauciones, éstas son taxativas y esencialmente garantísticas. Ciertamente, sólo hay lugar a prestar o a exigir la prestación de una caución en las situaciones en que expresamente esté prevista por la ley; al juez no le es dado exigirla ni al justiciable le es permitido ofrecerla en casos distintos de los señalados por el sistema normativo. Y, de otro lado, sólo es concebible una caución en cuanto sirva para garantizar un comportamiento determinado o la reparación de unos eventuales perjuicios.

Las cauciones pueden ser de cinco modalidades: en dinero, en garantía real, en garantía bancaria, en póliza judicial o en títulos representativos de inversiones.

Las cauciones en dinero consiste en el depósito de una suma de dinero en una cuenta de depósitos judiciales del banco legalmente autorizado (actualmente la Caja Agraria) a órdenes del despacho judicial respectivo.

Ofrece una ventaja extraordinaria a favor del sujeto en cuya garantía se constituye, pues lograr su efectividad resulta demasiado fácil. De ser necesario hacerla efectiva es suficiente con que el despacho judicial ordene al banco la entrega del dinero. Sin embargo, también presenta desventajas, no sólo por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sino por el estancamiento del capital que regularmente comporta un significativo lucro cesante para quien se ve compelido a realizar el depósito, en cuanto tiene que congelar un capital determinado.

Los altos índices de inflación que se registran en nuestro país, por sí solos entrañan un perjuicio enorme para quien presta la garantía haciendo el depósito, lo mismo que para el garantizado, habida cuenta de la regulación vigente en materia de depósitos judiciales. De haber lugar a hacer efectiva la caución al final del trámite, el garantizado se encontrará con una suma de dinero nominalmente igual a la consignada por el garante, pero con un valor real considerablemente disminuido, por lo que seguramente será insuficiente para cubrir el monto del derecho garantizado. Y en caso contrario, de no ser necesaria la efectividad de la caución, debe ordenarse la devolución del dinero a quien lo consignó en suma nominalmente idéntica a la consignada pero sustancialmente reducida en su valor.

La garantía real se trata de una modalidad de caución que implica la constitución de un derecho real accesorio (hipoteca o prenda) a favor del garantizado, sobre un bien perteneciente al obligado a prestar la caución o a otro sujeto que ofrezca la garantía.

Esta modalidad de caución plantea dos dificultades: a) Quien presta la caución se somete al riesgo de perder la oportunidad para constituirla si el juez la rechaza por considerarla insuficiente, y b) En el caso de la hipoteca el garantizado corre el riesgo de que el bien afectado esté siendo poseído por un tercero que pueda oponerse en caso de necesitarse hacer efectiva la garantía.

Por otro lado, la garantía bancaria consiste en la promesa que hace una institución bancaria de responder hasta por una suma de dinero en caso de producirse la eventualidad que impone la efectividad de la garantía. El banco contrae la obligación de pagar el valor que se liquide a cargo de

quien constituye la caución, siempre que no supere la cantidad estipulada en la garantía.

Además, la póliza judicial es la modalidad de caución más comúnmente empleada por la facilidad de conseguirla y su reducido costo. Tiene origen en un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora se obliga a pagar una suma no superior al monto de la caución en caso de que se produzca el siniestro cuyo riesgo se ampara (causación de perjuicios inicuos, desobediencia del sindicato a comparecer al proceso, etc.).

Por último, los títulos representativos de inversiones son los que el artículo 48 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente mediante el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, introdujo esta modalidad de cauciones que representa una solución adecuada respecto de los problemas que plantea la caución en dinero.

En efecto, la disposición mencionada permite prestar cauciones mediante la pignoración de títulos de deuda pública o certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y cajas de ahorro legalmente autorizadas para operar en el país.

Este tipo de caución ofrece el mismo grado de efectividad de la caución en dinero, pero garantiza, además de la conservación del poder adquisitivo del dinero consignado, la generación de rendimientos Financieros. Por consiguiente, no dudamos en recomendar su utilización en caso de no poder acudir a la póliza judicial.

Aunque regularmente la ley permite que el obligado a prestar la caución seleccione entre las diversas modalidades existentes la que más convenga a sus condiciones o necesidades, algunas veces esa escogencia la ha hecho por anticipado la norma y otras veces se la defiere al juez. Mientras para la práctica de medidas cautelares se permite cualquier tipo de caución, para levantarlas debe prestarse en dinero (incisos primero y segundo del artículo 519 del C. P. C.), en tanto que la necesaria para impedir el cumplimiento inmediato de la sentencia impugnada en casación.

No obstante es preciso tener en cuenta que, cuando por disposición legal la caución deba prestarse en dinero, el obligado a prestarla puede hacerlo también con garantía bancaria o con títulos representativos de inversiones, por así haberlo establecido el artículo 48 del Decreto 2651 de 1991, acogido como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998<sup>18</sup>.

La cuantía de la caución por lo regular está deferida al juez; sólo excepcionalmente la tiene definida la ley cual sucede con la señalada en el décimo inciso del artículo 513 del C. P. C. En todos aquéllos casos en que le corresponde al juez la fijación del monto de la caución, lo debe hacer atendiendo a la gravedad del perjuicio que puede sobrevenir por causa de la actuación o de la abstención solicitadas: mayor será el monto de la caución cuando pueda preverse un perjuicio de superior entidad.

El plazo para prestar la caución generalmente lo fija el juez, pero en algunos casos está definido en la ley, como en el caso del mencionado artículo 371 del C. P. C.



## CONCLUSIONES

Se puede concluir que el Estado tiene la obligación de administrar justicia y no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que la lentitud de un proceso pueda provocar. De ahí, que la ley deba prever que durante el tiempo que corre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final, pueden acaecer hechos u observarse conductas que generen la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia o la tornen inoperante.

En este orden de ideas, el fin de la providencia consiste así, en el aseguramiento de la eficacia práctica de la providencia definitiva, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene en general de su preordenamiento a la emisión de la resolución definitiva, siendo su objetivo, en todos los casos, la efectividad práctica de la función jurisdiccional.

Sin embargo, pareciera que no existe dificultad para entender que son las medidas cautelares, como actos judiciales dirigidos a asegurar el cumplimiento de una obligación o deber de origen judicial, legal o convencional

No obstante, la medida cautelar en estos términos- se muestra como un anticipo de sentencia de mérito, como un adelanto provisorio de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos acordada a quien, con verosimilitud en su pretensión y previa

y adecuada contracautela, acredita que el lapso insumible por el proceso puede generar la imposibilidad del cumplimiento de la sentencia o ineficacia de ésta.

Por todo ello el proceso no es inmediato, se necesita un cierto tiempo más o menos largo, para poder dictar una sentencia que respete todas las garantías jurisdiccionales, con lo cual el factor tiempo, es un elemento que puede jugar en contra de aquélla parte que decide acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción , de su pretensión, pues se deja abierta la posibilidad de que el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia que al final venga a conceder la satisfacción al actor. Mediante la adopción de una medida cautelar se consigue incidir en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para lograr tal finalidad.

Es evidente, que en los procesos de ejecución las medidas cautelares se encuentran taxativamente denominadas por la ley, sin embargo, el embargo y el secuestro en este tipo de procesos deben ser útiles y efectivos, por lo cual, si no van más allá de un simbolismo, sin eficacia para el pago de una obligación sería improcedente y el juez los debería negar.

## RECOMENDACIONES

Por todo lo descrito alrededor de este trabajo de investigación y en mi firme propósito por tener claridad acerca de los alcances jurídicos de las medidas cautelares como recomendaciones ante dichas pretensiones se señalan:

- Hacer una debida aplicación o uso de las medidas cautelares para elevar la efectividad de los procesos.
- Evitar que las medidas cautelares sean obstáculos para los objetivos del derecho, sino que al contrario sean un soporte que asegure el cumplimiento de los propósitos del derecho y brinde las garantías necesarias.
- Se deben evaluar las diferentes doctrinas para asegurar que las decisiones tomadas por los jueces y las acciones de las partes procesales se han justas.
- Analizar la normatividad del Código de Procedimiento Civil en cuanto a las medidas cautelares en cuanto a la disposición que las autorice en el proceso especial de liquidación de una sociedad civil y comercial. Pues, los jueces generalmente decretan a petición de parte el embargo y el secuestre de los bienes que se denuncie como sociales.

## BIBLIOGRAFIA

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Procesos ejecutivos tomo IV. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1.999.

BINDER. Introducción al Derecho Procesal Penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p. 118 - 201.

CAFFERATA NORES José I.. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs. As. 1992, p. 4 - 8.

CALAMANDREI, Piero, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Bs. As. El Foro. p.44.

CERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. RAMOS MENDEZ, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil. Industrias gráficas. Barcelona. 1.974. p. 5

GAUSP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3ª edición Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1.997. p. 419.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II. Séptima edición. Dupre editores. Bogotá. 1.999. p. 618.

MAIER, Derecho Procesal Penal. Edit. Del Puerto, 1996. p. 490.

MARTINEZ BOTOS, Raul. Medidas cautelares. Editorial Universidad Bs. As. 1.994.p. 6.

MORA, Nelson. Procesos de ejecución. 2ª edición. Temis. Bogotá. 1.973. p. 294.

OLMEDO, Clariá. Tratado de derecho procesal penal. Bogotá. Depalma. p. 219.

PARRA ARCHILA, María Victoria, Restablecimiento del derecho en el proceso penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

PEYRANO, Jorge W. en su artículo “Lo Urgente y lo Cautelar”. Lima Perú. Editorial juris. 1995. p. 899.

PEYRANO, Marcos L., “La sentencia anticipatoria y su aplicación inmediata para satisfacer las demandas de los damnificados por cortes de luz”, diario La Ley, 30-3-99, p.1.

QUIROGA CUBILLOS, Hector Enrique. Proceso y medidas cautelares. Segunda edición. Okey impresores. Bogotá. 1.991. p. 10.

ROJAS, Miguel Enrique. Medidas cautelares y cauciones. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1.999. p. 314.

URAZAN BAUTISTA, Juan Carlos. Derecho procesal civil. 1ª edición. Bogotá. Doctrina y ley. 1.994. p. 281 - 310.

VELÁSQUEZ, Juan Guillermo. Los procesos y las medidas cautelares. Bogotá. Temis. 2.004. p. 387-457.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Santa fé de Bogotá. Temis. 1.999. p. 96.