



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP y propuesta de reforma a sus artículos 124-133.

AUTOR:

Abg. María Augusta Vanegas Lascano.

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado académico de:
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTORA

Dra. Nuria Pérez de Wright, Phd.

GUAYAQUIL, ECUADOR

20 de junio de 2023.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **María Augusta Vanegas Lascano**, como requerimiento para la obtención del título de **Magíster en Derecho mención Derecho Procesal**

DIRECTORA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

f. _____

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

REVISOR

f. _____

Dr. Johnny de la Pared Darquea

DIRECTOR DE LA MAESTRÍA

f. _____

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 20 días del mes de junio del año 2023.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. María Augusta Vanegas Lascano

DECLARO QUE:

El trabajo de investigación: “**El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP y propuesta de reforma a sus artículos 124-133.**” previo a la obtención del título de **Magíster en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 23 días del mes de junio del año 2023.

LA AUTORA

f. _____

Abg. María Augusta Vanegas Lascano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. María Augusta Vanegas Lascano

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del trabajo de investigación previo a la obtención del Título Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titulado: “**El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP y propuesta de reforma a sus artículos 124-133**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días del mes de junio del año 2023.

LA AUTORA

f. _____

Abg. María Augusta Vanegas Lascano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL
INFORME DE URKUN**

The screenshot displays the URKUN system interface. On the left, the 'Documento' section shows details for 'Datos UCSD: Tesis de Compilación de Trabajo de Tesis (7/08/2019)', presented by 'Andrés Alencázar', received by 'ingrat.alexander.alexander@urkund.com', and a message stating '4% de estas 75 páginas, se componen de texto presente en 21 fuentes.' On the right, the 'Lista de Fuentes' section lists 12 sources, including 'www.legislativa.gub.ve', 'www.fondecapital.com', 'www.leyes.com', 'Universidad del Azuay', 'www.tribunales.unab.edu.ec', 'www.escuela.com', 'UNIVERSIDAD TECNICA DEL NORTE', 'Universidad Católica de Santiago de Guayaquil', 'UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHAMBORD', and 'www.tribunales.unab.edu.ec'. The bottom of the page shows a list of 'INCLUIR' and 'EXCLUIR' actions for various sources, such as 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png', and 'http://aplicat.arkimidia.org/wiki/pedia/commons/thumb/9/9A/Logo_UCSG.png/200px-Logo_UCSG.png'.

Dedicatoria

A mi papá, Dr. Ricardo Xavier Vanegas Cortázar.

María Augusta Vanegas Lascano.

Agradecimiento

Agradezco a mi padre y mi madre, Ricardo y Ghinger.

A mis abuelos, Ricardo, María Augusta, Holdemar y Rosario.

A mis hermanos, Bárbara y Ricardo.

A mi tutora, Dra. Nuria Pérez De Wright.

A mis mejores amigos, Jorge, Valeria, Geocondita, Rafaela, Alba, Nicole, Benny, Mafer y Martin.

Todos han sido mi soporte, mi inspiración y mi luz durante el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Índice

Introducción	1
Objeto de Estudio.....	2
Campo de Estudio.....	2
Delimitación del Problema Científico.....	3
Formulación del Problema.....	4
Premisa.....	4
Objetivo General.....	4
Objetivos Específicos.....	5
Métodos Teóricos.....	5
Método Empíricos.....	5
Novedad científica.....	6
Capítulo I: Marco Teórico.....	7
La Tutela Cautelar.....	7
La Tutela Judicial Efectiva.....	7
Tutela Cautelar.....	9
Las Medidas Cautelares.....	12
Capítulo II: Sistemas Cautelares.....	29
Clases de medidas cautelares.....	29
Las medidas cautelares innominadas.....	31
Carácter de Cautela Compartido con las Medidas Nominadas.....	39
Justificación de las Medidas Cautelares Innominadas.....	39
Capítulo III: Referentes Empíricos.....	43

Capítulo IV: Marco Metodológico	50
Generalidades	50
Diseño	51
Enfoque	52
Método y metodología empleada	53
Métodos Teóricos	54
Métodos Empíricos	55
Fundamentación de la Premisa	56
Validez de los Instrumentos Utilizados.	57
Criterios Éticos de la Investigación.	57
Capítulo V: Resultados.....	59
Presentación y Análisis de los Resultados	59
Análisis Exegético de las providencias preventivas contempladas en el COGEP.....	59
Tipos de Providencias Preventivas en materia de propiedad intelectual reguladas en el COGEP	70
Análisis Jurídico-comparado del Sistema Cautelar adoptado en Argentina, Bolivia y España	73
Análisis de impacto de la Constitucionalización del Sistema Cautelar previsto en el COGEP	98
Capítulo VI: Discusión.....	102
Capítulo VII: Propuesta.....	106
Conclusiones	112
Recomendaciones	116
Referencias	118

Resumen

La tutela cautelar es una forma autónoma de la tutela judicial efectiva, que se materializa mediante las medidas cautelares, estos son, instrumentos que garantizan la ejecución eficaz de una sentencia evitando que el peligro de la demora del proceso la torne inoperante. El objetivo de este estudio fue realizar un análisis el sistema procesal cautelar previsto en el COGEP y proponer la reforma de sus artículos 124-133. La metodología empleada fueron métodos teóricos como el dogmático, exegético, jurídico-comparado e impacto de la constitucionalización; y empíricos como el análisis de tesis y artículos académicos. Se determinó que el COGEP regula un sistema absolutamente típico, donde el juez solo puede aplicar las medidas cautelares expresamente contempladas en la ley, limitadas a materia de crédito y de propiedad intelectual, lo que es una vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, pues este no podrá brindar protección frente al peligro en la demora del proceso a todos los otros derechos que no encuentren dentro de la esfera de protección de dicha norma. En consecuencia, las sociedades modernas han incluido en sus ordenamientos jurídicos a la medida cautelar innominada, tal como Argentina, Bolivia y España que mantienen un sistema típico moderado, de modo que no ocurre esta vulneración, ya que el juez puede, además de aplicar las medidas cautelares taxativas, decretar medidas cautelares no taxativas, cuando las primeras no sean aptas para resguardar los derechos del peticionario. Por lo expuesto, la propuesta de reforma consiste en una transición hacia un sistema típico moderado.

Palabras Clave: Tutela Judicial Efectiva, Tutela Cautelar, Medidas Cautelares, Medida Cautelar Innominada, Sistema Cautelar Absolutamente Típico, Sistema Cautelar Típico Moderado o Mixto, Peligro en la Demora, y ejecución eficaz.

Abstract

Precautionary protection is an autonomous form of effective judicial protection, which is materialized through precautionary measures, these are instruments that guarantee the effective execution of a sentence, preventing the danger of delaying the process from rendering it inoperative. The objective of this study was to carry out an analysis of the precautionary procedural system foreseen in the COGEP and to propose the reform of its articles 124-133. The methodology used were theoretical methods such as dogmatic, exegetical, legal-comparative and impact of constitutionalization; and empirical, such as the analysis of thesis and academic articles. It was determined that the COGEP regulates an absolutely typical system, where the judge can only apply the precautionary measures expressly contemplated in the law, limited to matters of credit and intellectual property, which is a violation of the right of effective judicial protection, since him will not be able to offer protection against the danger in the delay of the process to all the other rights that are not within the sphere of protection of this norm. Consequently, modern societies have included in their legal systems the unnamed precautionary measures, such as Argentina, Bolivia and Spain, which maintains a typical moderate system, so that this violation does not occur, since the judge can, in addition to applying the precautionary measures expressly regulated, decree non-exhaustive precautionary measures, when the first ones are not suitable to protect the rights of the petitioner. For these reasons, the reform proposal consists of a transition towards a typical moderate system.

KEY WORDS: Effective Judicial Protection, Precautionary Protection, Precautionary Measures, Unnamed Precautionary Measure, Absolutely Typical Precautionary System, Moderate or Mixed Typical Precautionary System, Danger in Delay, and effective execution

Introducción

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que posee todo ciudadano, el cual le permite acceder a una verdadera justicia. Aquello implica: el acceso ante el órgano jurisdiccional, quien dará inicio a un proceso donde se respetarán todos sus derechos, así como sus garantías constitucionales y normativas; la obtención de una sentencia que deberá encontrarse debidamente motivada con sujeción al ordenamiento jurídico vigente y a las circunstancias de hecho del caso concreto; y, que se le garantice la efectiva materialización de esta sentencia, es decir, que esta surta efecto en el campo de la realidad.

Este último momento de la tutela judicial efectiva es sumamente importante y se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la efectividad, el que asegura que toda sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, sea ejecutada eficientemente. Sin este derecho, las sentencias solo serían una respuesta ilusoria que brindarían los órganos jurisdiccionales a la ciudadanía, la cual no tendría ninguna eficacia práctica, por tanto, sería únicamente un documento ficticio, pues no tendría la aptitud de resolver ningún conflicto legal, ni de proteger los derechos de los individuos y tampoco garantizaría la justicia, ni la paz social.

A propósito de aquello, cabe recordar que la jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la cual es otorgada a los jueces y la deben ejercer de acuerdo a las reglas de la competencia. De modo que, puede observarse que al juez se le atribuye esta facultad para que administre justicia para la ciudadanía, lo que debe realizar no solo emitiendo sentencias, sino también ejecutando las mismas de conformidad con el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y el derecho de efectividad que respalda a toda persona. Este trabajo de investigación se centró precisamente en la relevancia de contar con los instrumentos procesales adecuados para

que el órgano jurisdiccional pueda asegurar a la ciudadanía los resultados de las sentencias que emiten y por lo tanto, una verdadera tutela judicial efectiva.

Objeto de Estudio.

En el presente trabajo de investigación se analizó la tutela cautelar como una forma autónoma de la tutela judicial efectiva, cuya finalidad es asegurar la efectividad de la sentencia que será dictada por el órgano jurisdiccional dentro del proceso, y su razón de ser se justifica en que la demora del proceso podría afectar la situación de hecho o de derecho objeto del litigio, debido a las maniobras que podría realizar la parte demandada para evitar que lo alcancen los efectos de la futura resolución, o en virtud de que los efectos del tiempo podrían menoscabar la circunstancia o el derecho.

De tal forma que, la tutela cautelar se materializa cuando el órgano jurisdiccional dicta las medidas cautelares, que son instrumentos procesales destinados a garantizar mediante su aplicación la ejecución y la efectividad de la sentencia. Previo a dictar una medida cautelar el juez deberá verificar que se reúnan los presupuestos procesales de peligro en la demora, verosimilitud en el derecho y la adecuación. Las características de estas medidas son su jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, sumariedad, urgencia, preventividad, contingencia, se encuentran sujetas a la cláusula *Rebus sic Stantibus*, y la contra-cautela. Se clasifican según su previsión en nominadas e innominadas; según su objeto en reales, personales y probatorias; y, según su mecanismo conservativas e innovativas.

Campo de Estudio.

Este trabajo de investigación corresponde a las ciencias sociales al derecho procesal civil y derecho constitucional. Se estudia en los sistemas cautelares procesales; absolutamente atípico, absolutamente típico, y típico moderado o mixto. El primer sistema es el que no contiene regulado expresa y taxativamente ninguna medida cautelar, de modo que le otorga al juez la

posibilidad de dictar la medida cautelar innominada más apta para cada caso. El segundo es el que contiene regulado expresamente las únicas medidas cautelares que puede dictar el juez.

El último es el que contiene medidas cautelares taxativas que debe dictar el juez cuando se adecuen al caso que conoce; mientras que en caso de que ninguna se encuadre al caso presentado ante él, le confiere la posibilidad de dictar cualquiera otra medida que estime idónea. Se realiza un análisis de las críticas y ventajas de los diferentes sistemas cautelares, así como de cual resulta más idóneo para garantizar la tutela cautelar de los derechos de la ciudadanía.

Delimitación del Problema Científico.

El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador mantiene un sistema cautelar absolutamente típico, es decir, el legislador estipuló expresa y taxativamente en la norma procesal las únicas medidas cautelares que el juez puede dictar, las que solamente se refieren a materia de crédito y de propiedad intelectual. En consecuencia, todas aquellas otras situaciones, concernientes a distintas materias a las que estas medidas cautelares no se adecuen, quedan excluidos del ámbito de protección que brinda la tutela cautelar en el Ecuador.

De esta manera, en el Ecuador existe una diversidad de casos donde la tutela cautelar fallará al momento de cumplir con su cometido de garantizar la ejecución y la efectividad de la sentencia que será dictada por el juez cuando se resuelva el proceso, debido a la falta de las herramientas procesales estipuladas en el Código Orgánico General de Procesos necesarias para lograrlo, es decir, las medidas cautelares innominadas.

La situación se agrava debido a la gran lentitud que tardan en resolverse los procesos judiciales en el Ecuador, factor influyente en que el 83,19% de los ciudadanos ecuatorianos no confían en la justicia, según el estudio realizado por la encuestadora Click Report (El Universo, 2022). De tal forma que, todo el grupo de derechos que se encuentran desamparados por la tutela cautelar quedan expuestos ante un grave peligro en la demora de los procesos hasta la expedición de la

sentencia, lo cual podría significar la vulneración de sus derechos y la obtención de una justicia ficticia.

Por consiguiente, en la actualidad el Ecuador mantiene un sistema procesal cautelar inconstitucional porque no garantiza una tutela judicial efectiva de todos los derechos de los ciudadanos, tal como lo prevé el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, sino únicamente de unos cuantos. Este fenómeno amerita ser estudiado y atendido de forma inmediata por el Legislativo, quien deberá analizar realizar la modificación del sistema procesal cautelar absolutamente típico por un sistema procesal cautelar atípico o típico moderado o mixto; al igual que países como Argentina, Bolivia y España; para evitar que continúen permaneciendo derechos de los ciudadanos fuera de la espera de protección de la tutela cautelar.

Formulación del Problema.

¿De qué manera el sistema procesal cautelar absolutamente típico previsto en el COGEP afecta el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva?

Premisa.

Sobre la base de la fundamentación de los presupuestos doctrinales de la tutela cautelar y de los sistemas procesales cautelares, y del análisis del contenido normativo en materia cautelar del Código Orgánico General de Procesos, de la comparación de la tutela cautelar en la legislación procesal ecuatoriana (COGEP) con la legislación procesal civil de Argentina, Bolivia y España; y del análisis constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador ; se propone las reformas a los artículos 124-133 del Código Orgánico General de Procesos destinadas a la transición hacia un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto.

Objetivo General.

Analizar el sistema procesal cautelar en la legislación procesal ecuatoriana y proponer la reforma a los artículos 124-133 del Código Orgánico General de Procesos.

Objetivos Específicos.

1. Fundamentar los presupuestos doctrinales de la tutela cautelar y de los sistemas procesales cautelares.
2. Analizar contenido normativo en materia cautelar del Código Orgánico General de Procesos.
3. Comparar la tutela cautelar en la legislación procesal ecuatoriana (COGEP) con la legislación procesal civil de Argentina, Bolivia y España.
4. Analizar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador.
5. Proponer reformas a los Arts. 124-133 del Código Orgánico General de Procesos destinadas a la transición hacia un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto.

Métodos Teóricos.

Para la elaboración del presente trabajo de investigación se empleó los siguientes métodos teóricos: Método sistematización jurídico-doctrinal o dogmático, exegético, jurídico-comparado e impacto de la constitucionalización.

Se realizó un análisis de la doctrina referente a la tutela judicial efectiva; la tutela cautelar; las medidas cautelares, sus presupuestos procesales, características y clasificaciones; así como un estudio de la teoría sustantiva respecto a los diferentes sistemas procesales cautelares: absolutamente típico, absolutamente atípico y típico moderado o mixto; y un análisis de la medida cautelar innominada, sus elementos característicos y su justificación.

Método Empíricos.

En este trabajo de investigación se utilizó como método empírico el análisis normativo de los Arts. 124-133, y el Código Orgánico General de Procesos; el análisis de legislación comparada de los Art. 233 y Capítulo III “Medidas Cautelares” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina; Título II, Capítulo Primero del Código Procesal Civil de Bolivia; Capítulo V, Título VI Código Procesal Civil de España; y análisis constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

Novedad científica.

Propuesta de reforma a los artículos 124-133 del Código Orgánico General de Procesos destinada a la transición hacia un sistema procesal cautelar mixto o moderado.

Capítulo I: Marco Teórico

La Tutela Cautelar

La Tutela Judicial Efectiva

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional que consiste en que todo ciudadano podrá acudir libremente ante los operadores de justicia para solicitar la protección de sus derechos, debiendo estos dictar sentencias y garantizar el cumplimiento de las mismas, de tal suerte que las personas afectadas puedan obtener el reconocimiento o la restitución de estos derechos. En consecuencia, los jueces adquieren el deber de resguardar los derechos de las partes procesales que han accedido al sistema de justicia, debiendo actuar con sujeción a las normas legales y constitucionales vigentes, de manera imparcial y expedita (Fierro-Vega, 2022).

La definición de la Corte Constitucional del Ecuador respecto este derecho es:

La tutela judicial efectiva se constituye por lo tanto en aquel derecho que garantiza que las personas accedan a la justicia de forma óptima, obteniendo de esta una justicia imparcial y expedita en la que se apliquen los principios de inmediación y celeridad. De esa forma, este derecho garantiza a su vez el derecho a la defensa en tanto establece que bajo ningún concepto las partes deberán quedar en indefensión. (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)

Por lo tanto, puede observarse que la tutela judicial efectiva es garantizada en tres momentos. En primer lugar, cuando las personas acceden al sistema de justicia sin ninguna traba y sin que les sea exigida ninguna condición no determinada en la normativa vigente. En segundo lugar, cuando los operadores jurisdiccionales dentro del proceso, imparten una justicia imparcial y expedita, con sujeción a los principios constitucionales y evitando colocar a ninguna de las partes en una situación de indefensión, cuyo resultado es la emisión de una decisión fundada que responde a las

pretensiones de las partes. Finalmente, cuando se materializa la justicia impartida por el juez a través del cumplimiento de la decisión adoptada (González, 2021).

De ahí que, el contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva comprende el acceso al órgano de justicia en busca de la defensa de los derechos e intereses reclamados por el justiciable; que se atienda esta petición de justicia en un proceso con observancia y respeto de los derechos del contradictor; que del proceso se obtenga una decisión debidamente motivada; y, que la decisión adoptada sea cumplida. De tal suerte que, una vez dictado un fallo fundado, para que se cumpla con el derecho a la tutela judicial efectiva debe garantizarse que este sea ejecutado, pues caso contrario, la jurisdicción no sería más que una simple declaración sin ningún poder. Cabe recordar que la jurisdicción implica no sólo la potestad pública de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado (Oyarte, 2016).

De tal manera que el ejercicio de la jurisdicción no en todos los casos concluye con el reconocimiento de un derecho a través de una sentencia, pues con frecuencia se requiere de actos posteriores que den cumplimiento a lo ordenado mediante esta decisión para garantizar una tutela judicial integral, de forma que exigen al Juez la obligación de implementar conductas positivas que conduzcan a que sus fallos se tornen en realidades y no sean simples recomendaciones (González, 2021).

Es por este motivo que, la tutela judicial efectiva se encuentra integrada por el derecho a la efectividad, el cual garantiza que las sentencias dictadas por los jueces, al adquirir la calidad de cosa juzgada, surtan efectos en el campo de la realidad, pues caso contrario, la ciudadanía únicamente obtendría una respuesta ilusoria por parte de los órganos de justicia.

Consecuentemente, una de las formas en las que se expresa la tutela judicial efectiva es la tutela cautelar, que es un derecho fundamental que posee todo ciudadano para solicitar del órgano

jurisdiccional que dicte y ejecute medidas cautelares que aseguren la efectividad de la sentencia a expedirse (Priori G. , 2011).

De lo expuesto, puede concluirse que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental para todo ciudadano, que le permite obtener del órgano jurisdiccional no solo el acceso a una justicia imparcial y expedita, sino también conseguir una sentencia debidamente motivada donde se consagren todos sus derechos y los principios, con la garantía de que esta debe poderse ejecutar a satisfacción de la parte vencedora del litigio judicial, pues caso contrario la justicia no sería más que una ilusión incapaz de resolver los conflictos de la población.

Tutela Cautelar

A inicios del siglo XX, Giuseppe Chiovenda escribió su libro *“Principios de derecho procesal civil”*, donde fue el primero en concebir a la tutela cautelar como una forma autónoma de la tutela jurisdiccional, cuya función específica era la de aseguramiento. Bajo su concepción, el derecho de acción posibilitaba la declaración, la ejecución y el aseguramiento. El aseguramiento era fundamental para impedir que el tiempo del proceso perjudique a quien podría ser la parte vencedora, por lo que debía garantizarse la eficacia de la futura sentencia. Posteriormente, en el año 1936, Piero Calamandrei escribió el libro principal sobre medidas cautelares *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, donde ratificó la concepción de Chiovenda y determinó que el elemento diferenciador de la tutela cautelar sobre las demás clases de tutela jurisdiccional, era el peligro en la demora (Priori G. , 2019).

De tal forma que, la tutela cautelar es una forma autónoma de tutela jurisdiccional, que consiste en aquel mecanismo de protección que poseen los particulares para enfrentar al peligro de daño a una situación jurídica material sobre la que estos son titulares, ocasionado por la lentitud del proceso judicial cuando este es tramitado como medio para resolver dicha situación jurídica.

(García, 2015)

Esta institución jurídica es una herramienta de tutela instaurada por el legislador para que el juez pueda enfrentar el tiempo que demora el proceso, toda vez que una efectiva protección de los derechos e intereses de los particulares depende con frecuencia de que el juzgador pueda detener, acelerar o retroceder los efectos del tiempo mientras se tramita el proceso. Lo anterior, en vista de que en ocasiones el juez requerirá con urgencia evitar un posible cambio de una situación, eliminar un cambio ya acontecido de una situación o anticipar un posible cambio de una situación, a efectos de tutelar efectivamente los derechos e intereses de las personas que se someten al sistema de justicia, mientras se resuelve el proceso (Bordalí, 2019).

Para comprender con mayor claridad esta institución es fundamental apreciar que los procesos judiciales en la práctica deben cursar diferentes etapas, extendidos plazos, interrupciones, y todo aquello conlleva a una demora considerable hasta que se emita la resolución del juez. Como respuesta de esta demora del proceso, la tutela cautelar busca garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia del proceso, impidiendo que esta se torne en un resultado sin ninguna eficacia práctica para el vencedor del litigio, debido al prolongado tiempo que transcurre desde que se inicia el proceso hasta que se dicta la resolución por el juez (Acuña, 2017).

Así pues, la necesidad de la tutela cautelar surge en virtud de la lentitud de la tramitación de los procesos judiciales, la que suele amenazar o perjudicar los derechos de los ciudadanos reclamados mediante el sistema de justicia, tornando necesario que la ley prevea mecanismos que garanticen la ejecución efectiva de la decisión judicial que será dictada. Aquello en vista de que en la práctica jurídica se ha visualizado que el afectado durante el curso del proceso judicial puede anticipar actos que permitan librarlo de cumplir la sentencia, tales como colocar sus bienes fuera del alcance de la justicia o adoptar otras medidas que tornen de imposible cumplimiento la sentencia dictada en su contra (Jiménez, 2014).

Es por esta razón que los distintos ordenamientos jurídicos se han encargado de proteger a quienes acuden al sistema de justicia a reclamar sus derechos, garantizándoles una sentencia eficaz mediante la tipificación de las medidas cautelares, las que dan respuesta al principio de justicia material, logrando el cumplimiento real de la decisión judicial. Las medidas cautelares son instrumentos procesales capaces de contraatacar las maniobras del demandado destinadas a evitar la eficacia de la sentencia; así como son herramientas capaces de evitar cualquier actuación que podría obstaculizar el cumplimiento de las decisiones judiciales; cuyo objeto principal es proteger los derechos reclamados dentro del proceso (Jiménez, 2014).

En síntesis, la tutela cautelar es el derecho que tienen las partes procesales a requerir, que el juez dicte y ejecute medidas provisionales, cuyo objeto es impedir que el tiempo que demora en resolverse un proceso judicial coloque en peligro la efectividad de la tutela jurisdiccional y el cumplimiento de la futura resolución. La Constitución regula que la tutela jurisdiccional de todos los derechos sea efectiva, en vista de lo cual debe haber cabida en todo sistema procesal para requerir una tutela cautelar que permita garantizar la efectividad de cualquier derecho. Por este motivo, un sistema procesal de un Estado constitucional deberá permitir una amplia tutela cautelar, de modo que toda restricción a este derecho deberá realizarse de manera excepcional y justificada, únicamente con el objetivo de proteger otro derecho fundamental (Priori G. , 2019).

De conformidad a la concepción de la tutela cautelar, las medidas cautelares son las que conceden la pretensión del demandante de manera urgente y directa. Estas encuentran su fundamento en la necesidad de asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional, con observancia a circunstancias subjetivas que podrían verse perjudicadas cuando fuese necesario esperar el resultado del proceso a cognición completa. Un ejemplo es la tutela del derecho de imagen, donde el proceso ordinario no es apto para resguardar al titular de este derecho de manera idónea, pues el afectado no puede ser expuesto, por los meses o años de duración usual de este tipo de

procesos, a que se abuse de su imagen sin su consentimiento. Por lo tanto, se requiere un proceso cautelar que resguarde urgentemente su derecho a la imagen (Bordalí, 2019).

De acuerdo Calamandrei (2006), la tutela cautelar desde la óptica del derecho sustancial es una tutela mediata, pues más allá de realizar justicia coadyuva a asegurar el eficiente funcionamiento de la justicia. En virtud de lo expuesto, la tutela cautelar guarda una estrecha relación con el tercer momento en el que se manifiesta la tutela judicial efectiva, esto es, consagra la materialización de la sentencia dictada por el juzgador, garantizando su efectivo cumplimiento mediante la aplicación de medidas cautelares que brindan asistencia a este derecho constitucional para combatir los perjuicios que podría ocasionar el tiempo que demora el proceso sobre los derechos del demandante, asegurando a la ciudadanía el acceso a una justicia real y eficiente.

Las Medidas Cautelares.

La medida cautelar es el mecanismo mediante el cual se materializa el derecho fundamental a la tutela cautelar, el que se justifica en la necesidad de enfrentar los efectos generados por la duración del proceso y los daños que esta podría ocasionar sobre la situación jurídica material que es conocida y será resuelta en el mismo. En otras palabras, son instrumentos mediante los cuales el derecho a la tutela jurisdiccional busca enfrentar el problema del peligro en la demora de la emisión de la sentencia (Priori G. , 2011).

En cuanto a la función de las providencias cautelares, Calamandrei (2006) afirma que:

Nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos [...] en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacer las cosas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un

período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto (Pág. 43).

De tal suerte que, las providencias cautelares posibilitan al proceso judicial seguir su curso con tranquilidad, pues garantizan de forma preventiva los medios idóneos para lograr que la sentencia definitiva tenga, al momento de ser dictada, la misma eficacia y utilidad práctica que hubiese tenido si se la dictaba de manera inmediata. Por consiguiente, su finalidad consiste en garantizar la eficacia práctica de la sentencia para actuar el derecho (Calamandrei, 2006).

En tiempos anteriores, la doctrina proponía que los instrumentos cautelares únicamente tenían el fin de garantizar la ejecución de la sentencia, sin embargo, en la actualidad esta postura ha variado, ya que se considera que las medidas cautelares no solo son útiles en la medida que aseguran la ejecución de la sentencia, sino también la efectividad de la misma. Un ejemplo de aquello es cuando la parte actora al ganar un conflicto judicial no quiere que la sentencia sea ejecutada convirtiéndola en una condena pecuniaria, sino más bien en sus términos iniciales, esto es, cumpliéndose la obligación de no hacer, de tal forma que la medida cautelar permitiría garantizar que hasta que no se resuelva el litigio no se incumpla esta obligación, conservando la situación de hecho hasta que se dicte la sentencia (Barona, 2015).

Las medidas cautelares son instrumentos de garantía del resultado del proceso judicial que se encuentra iniciado o por iniciarse, cuyo objetivo es impedir que el derecho controvertido, al momento de emitirse una sentencia a favor del actor del proceso, se haya vuelto inejecutable. Su justificación nace de que el proceso es imperfecto y su desarrollo requiere de diversos actos en el tiempo, de modo que esta demora podría obstaculizar la efectividad del derecho requerido por quien activó la tutela jurisdiccional, generando el riesgo de que se vuelva ilusorio. De tal suerte

que, el rol de las medidas cautelares es fundamental, pues garantizan la eficacia del proceso y la efectiva realización del derecho material (Quiroga, 2011).

De acuerdo al jurista Calamandrei citado por Acuña (2017), la medida cautelar es definida como aquella “medida de anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma” (pág. 271). En otras palabras, se trata de un acto procesal de los jueces, que corresponde a una decisión de fondo, a través de la cual se analiza la situación de hecho y de derecho aparentes al tiempo de su emisión, la cual es necesaria como respuesta urgente y temporal, encaminada a vencer el peligro de daño o pérdida de derechos, bienes o pruebas de los justiciables, que podrían sobrevenir desde el inicio del litigio judicial hasta el momento de su resolución.

Este instrumento adopta diferentes denominaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos tales como medidas provisionales, providencias preventivas, medidas de conservación, medidas de seguridad, medidas de cautela y medidas de precautela. Está estrechamente vinculado con la ineludible lentitud de los procesos judiciales y mediante su aplicación hacen posible que el proceso siga su curso con calma, puesto que garantizan de forma preventiva los medios idóneos para lograr que la sentencia al momento de ser dictada tenga la misma eficacia y efectos, que hubiese tenido si se hubiese emitido inmediatamente. Así pues, estos instrumentos procesales aseguran tanto los derechos de la ciudadanía, como el resultado del litigio judicial (Palomeque, 2018).

La Corte Constitucional de Colombia define a las medidas cautelares como aquellas herramientas con las que el sistema jurídico asegura, de manera temporal y mientras se sustancia el proceso, la integridad de los derechos controvertidos dentro de este mismo proceso. De forma que, el ordenamiento garantiza preventivamente a los sujetos de derecho que acuden ante los órganos jurisdiccionales a reclamar sus derechos, con el objetivo de asegurar que la decisión judicial que

será adoptada podrá ser materialmente ejecutada posteriormente, es decir, cuando se dicte el fallo (Segura & Villamil, 2019).

En consecuencia, las medidas cautelares pretenden garantizar el resultado de la decisión judicial futura, que será adoptada eventualmente dentro del proceso, pues los fallos serían ilusorios si la ley no prevería estos mecanismos para garantizar sus resultados, los que evitan que los derechos queden desprotegidos ante la posible conducta maliciosa del obligado, que podría implicar la destrucción o perjuicio del derecho discutido mientras se tramita el proceso (Segura & Villamil, 2019) .

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas de forma previa, conjunta o posterior a la demanda, con la finalidad de garantizar las pretensiones de las partes mientras se sustancia el proceso, de manera que desde la concepción clásica son instrumentos estrechamente vinculados a la existencia de un proceso. Su razón de ser es la lentitud de los procesos judiciales, que tienen como resultado el riesgo de una sentencia tardía, la que, aunque sea justa, también sea ineficaz. Así, estas medidas procuran impedir que, mientras se desenvuelve el proceso, sean alteradas involuntaria o deliberadamente las situaciones jurídicas o de hecho que existían a la fecha del reclamo ante al órgano judicial, volviendo la futura resolución judicial ineficaz e ilusoria (Villarreal, 2009).

De modo que, son aquellas medidas cuyo objeto es garantizar la efectividad de la sentencia definitiva, así como impedir que mientras se sustancie el proceso se puedan provocar afectaciones de difícil o imposible reparación. Son concedidas por el órgano jurisdiccional a petición de la parte interesada e *inaudita pars*, es decir, sin sustanciación anterior con el perjudicado por ellas. Sin embargo, frente a circunstancias de orden público pueden ser dispuestas de oficio (Villarreal, 2009).

En definitiva, son las herramientas procesales a través de las cuales se exterioriza la tutela cautelar, ejecutando su misión principal de proteger el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva; y hacer frente a los efectos negativos del tiempo que tarda el proceso cuando hay un peligro inminente que amenaza los derechos o circunstancias fácticas objeto del litigio o relacionadas con el mismo, cuyo menoscabo produciría la ineptitud de la resolución judicial.

Presupuestos de las Medidas Cautelares

Los presupuestos que deben concurrir para que los operadores de justicia concedan la tutela cautelar son el peligro en la demora; la probabilidad de que la pretensión de la demanda sea declarada fundada; y, la adecuación (Priori G. , 2019). Existe un consenso entre los doctrinarios respecto que los presupuestos de peligro en la demora y la verosimilitud del derecho son las dos condiciones básicas para la procedencia de los instrumentos cautelares (Villarreal, 2009).

Peligro en la Demora. El periculum in mora o el peligro en la demora es un requisito fundamental de la pretensión cautelar, implica que debe existir un temor justificado respecto de la producción de una lesión o un peligro de lesión de un derecho, el cual se busca proteger, y en caso de no hacerlo de manera inminente, se corre el riesgo de que al resolverse el proceso con una sentencia favorable para el demandante, esta permanezca incumplida, debido a que por la demora en la sustanciación del mismo, el fallo judicial dictado resulte inoperante (Quiroga, 2011). En resumen, consiste en el riesgo de que el tiempo de duración del proceso pueda afectar la efectividad de la futura sentencia (Priori G. , 2019) .

Todo ciudadano dentro de un estado constitucional de derechos y justicia goza de un grupo de derechos, motivo por el cual el estado de Derecho constituye al proceso como una herramienta para asegurar y hacer efectivo cada uno de estos derechos reconocidos en las normas jurídicas.

Por este motivo, con la finalidad de que el proceso concluya emitiendo y garantizando una resolución justa, esto es, dar a cada quien lo que corresponde, o, no hacer daño a nadie; se debe

cursar previamente por un largo camino de conocimiento; es decir, no se actúa de forma inmediata, pues necesita tiempo para que se haga efectiva por parte del juzgador la protección que ofrece y en este tiempo posiblemente será violentado el derecho en conflicto debido a la tardanza de la decisión judicial definitiva (Villarreal, 2009) .

Así pues, puede observarse que el proceso es un mecanismo imperfecto de protección de derechos, cuyo principal defecto es el tiempo, el cual es una realidad ineludible y que origina la necesidad de las medidas cautelares, las que surgen debido a dos factores; por un lado, la necesidad de ser dictadas de forma inmediata para garantizar la sentencia definitiva, y por el otro, la incapacidad del proceso ordinaria de emitir una sentencia definitiva sin tardanza (Villarreal, 2009).

Por lo tanto, se trata de un posible peligro de que la tutela judicial definitiva que el actor espera de la sentencia que será emitida dentro del proceso principal, no podrá hacerse efectiva en el campo de la realidad, pues en razón del tiempo transcurrido los efectos de esta decisión judicial resultan estériles. En consecuencia, se estaría ante una probable frustración de los derechos del demandante, ocasionada por la emisión de un fallo ineficaz o de imposible cumplimiento. En razón de lo expuesto, las medidas cautelares buscan impedir que la demora del proceso afecte de forma negativa en la factibilidad del acatamiento de la sentencia, por lo que es evidente que ante la ausencia de este peligro no habría ninguna justificación para conceder la tutela cautelar (Ramirez, 2021).

El doctrinario Calamandrei distinguía dos clases de peligro en la demora: el peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional y el peligro de infructuosidad. El primero se refiere a la tardanza del proceso hasta que se dicte la sentencia judicial, lo que daría lugar a que se genere el suceso que podría afectar la eficiencia de la misma; mientras que el segundo hace referencia al riesgo de

que se desvanezcan los medios a través de los que se ejecutaría la futura sentencia (Priori G. , 2019).

El jurista Calamandrei (2006) utiliza el siguiente ejemplo para comprender la diferenciación de los dos tipos de peligro en la demora que reconoce: Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera de su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que puede intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo.

Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza es sostenimiento) teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente están dirigidas a tener una reserva para el día de la ejecución forzada de los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; en el segundo caso, aun teniendo la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto período de espera, los medios para satisfacerse, quiere, sobre todo, escapar a los daños que se le derivarían de t espera, al final de la cual la providencia principal, aun siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para poderle ayudar.

El autor distingue la instrumentalidad de la medida cautelar en los casos planteados, pues si bien en ambos escenarios esta funciona garantizando la eficacia práctica de la sentencia definitiva; en el primer supuesto dicha eficacia se asegura mediante un aspecto objetivo y directo que es la conservación de los bienes del deudor, mientras que en el segundo supuesto se la asegura desde

una perspectiva subjetiva e indirecta, relacionando los efectos de la sentencia definitiva con la situación personal del solicitante, en razón de la que una ejecución forzada, eficaz pero aplazada, podría volverse en un resultado inútil (Calamandrei, 2006).

Precisamente dicha instrumentalidad de las medidas cautelares es la que origina la finalidad pública de su función, pues estas se dictan no solo en función de los intereses individuales sino también de la administración de justicia, su buen funcionamiento y eficacia. De la misma manera que las providencias denominadas *Contempt of Court* por el derecho inglés, que evitan que la justicia, como máxima expresión de la soberanía del Estado, se torne en una ineficaz y tardía expresión verbal incapaz de generar efectos en el ámbito de la realidad. La tutela cautelar también lo hace, poniendo en servicio de la función jurisdiccional los poderes de prevención, aplicados en vía de la urgencia (Calamandrei, 2006).

Por este motivo, en el ámbito práctico es de suma importancia que todo sistema procesal contenga una adecuada regulación de las medidas cautelares, pues sus defectos podrían afectar la eficiencia de la función jurisdiccional en su oportunidad ejecutiva, e imposibilitar que la justicia, ante la ausencia de previsión legal de instrumentos preventivos ágiles y completos, logre el último de sus fines (Calamandrei, 2006).

En síntesis, en los litigios judiciales que urge la necesidad de protección inminente de las circunstancias jurídicas y de hecho que son objeto de los mismos, en vista de que están en riesgo y podrían perjudicarse durante la sustanciación del proceso debido a su tardanza, se puede afirmar que existe peligro en la demora, el que es un requisito fundamental para la concesión de una medida cautelar.

La probabilidad de que la pretensión de la demanda sea declarada fundada o verosimilitud en el Derecho. Este presupuesto es más conocido como la “Verosimilitud en el Derecho” y supone que previo a dictar la medida cautelar, el operador de justicia deberá verificar que haya una razonable

probabilidad de que al finiquitar el proceso se otorgue la razón a quien ha propuesto la pretensión, cuya efectividad se busca garantizar con esta medida. Cuando se reúne la existencia de esta probabilidad y del peligro en la demora, se justifica que se adopte una medida cautelar. Cabe señalar que el análisis de dicha probabilidad se debe realizar de acuerdo al estado del proceso principal, con la información que existe en el mismo en la etapa procesal en la que se encuentra (Priori G. , El Proceso y la Tutela de los Derechos, 2019, pág. 133).

El *fumus bonis iuris* o verosimilitud en el derecho conlleva a que el demandante justifique el derecho o los motivos que fundamentan su pretensión, a efecto de que el juzgador le conceda cualquier tipo de medida cautelar. Además, deberá afirmarse la presencia de una situación jurídica cautelable. Cabe recalcar, que la resolución mediante la cual se concede el instrumento cautelar se basará no en la certeza del derecho, la cual solo se obtiene mediante la sentencia; sino en la apariencia de este, en la verosimilitud del derecho reclamado (Ramirez, 2021) .

El solicitante de una medida cautelar deberá proporcionar los elementos idóneos para generar credibilidad ante los jueces sobre la apariencia de certeza del derecho que invoca con el objeto de obtener la concesión de una medida cautelar, pues este es un requisito fundamental para el efecto, ya que para imponer un gravamen a la parte contraria debe existir una justificación razonable de por medio (Ramirez, 2021).

Cabe recordar que, debido al peligro en la demora existente, se requiere que se dicte el instrumento cautelar de forma urgente y por ese motivo, para su concesión no es requerido un conocimiento exhaustivo o profundo, como lo sería si se tratase de un procedimiento de conocimiento; pues no necesario que exista certeza absoluta sobre que existe el derecho o su amenaza. En consecuencia, el efecto jurídico producido cuando el juez otorga una medida cautelar, jamás será el de prejuzgamiento sobre el asunto controvertido, menos aún el de cosa juzgada, ni la declaración del derecho. Por lo tanto, la medida cautelar se otorga luego de una

cognición sumaria, de modo que la misma autoridad que la dictó, podrá luego de una nueva cognición sumaria, reformarla o revocarla siempre que hayan variado las circunstancias que supongan un cambio en la relación cautelar inicialmente constituida (Villarreal, 2009).

Por lo tanto, precisamente para cumplir su rol de prevención urgente, los instrumentos cautelares deberán dictarse, en lugar de con la certeza que podría únicamente obtenerse luego de una larga investigación; con la apariencia del derecho, la que se obtiene mediante una cognición más rápida y superficial que la ordinaria. De tal suerte que a la acción cautelar procede ante la apariencia de un derecho y el peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho (Calamandrei, 2006).

Así pues, la cognición cautelar se reduce en todo caso a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Cabe recalcar que la función de la sentencia definitiva es declarar la certeza de la existencia del derecho, mientras que en el ámbito cautelar resulta suficiente que el derecho parezca verosímil, es decir, que de acuerdo a un cálculo de probabilidades se pueda anticipar que la sentencia definitiva declarará el derecho a favor del reclamante de la medida cautelar (Calamandrei, 2006).

Es por este motivo que al dictar un instrumento cautelar existe un riesgo inherente a esta falta de certeza del derecho fundado en la necesidad prevención urgente; pues si luego de un conocimiento profundo posterior se determina que mediante la sentencia definitiva que el derecho aparente no existe y como resultado, la aplicación de la medida ha sido inútil y ha ocasionado una afectación injusta a la contraparte, este tendrá derecho a la compensación por los daños sufridos en virtud del margen de error de la acción cautelar, que es el precio por la prontitud y debe recaer sobre quien se beneficie de esta rapidez (Calamandrei, 2006).

En breve, para el cumplimiento de este presupuesto es necesario que mediante una cognición sumaria del operador de justicia, es decir, ágil y superficial, este deberá determinar si los elementos probatorios proporcionados por el solicitante, permiten apreciar la existencia de un

derecho, la probabilidad de que se conceda su petición y la existencia de un peligro en la demora; y de ser el caso, el juzgador deberá dictar el instrumento cautelar que asegure el derecho.

La adecuación. Este presupuesto exige que la medida dictada debe ser idónea y proporcional en relación con la pretensión que se busca asegurar, toda vez que esta provoca una lesión a la esfera jurídica de una de las partes, la cual se encuentra justificada únicamente en la medida que esta afectación es absolutamente necesaria para proteger la eficacia de la pretensión del demandante (Priori G. , 2019). En resumen, de acuerdo a este presupuesto la medida cautelar dictada deberá guardar congruencia y proporcionalidad con el objeto que será cautelado por este instrumento, debiendo existir correlación lógica entre la cautela y el objeto (Villarreal, 2009).

Lo anterior en vista de que el juzgador debe proteger tanto los derechos del actor como los del demandado. Para el efecto, el operador de justicia deberá realizar un examen de proporcionalidad de la cautela en sentido estricto, evaluando los intereses en conflicto, los perjuicios que podría sufrir el actor si no dicta la medida cautelar solicitada, así como los perjuicios que podrá sufrir el demandado con la aplicación de esta medida y los perjuicios que podrían sufrir terceros. La medida cautelar en sentido estricto es la más óptima, la que será proporcionada cuando sus costes sean menores a sus beneficios y por el contrario, será desproporcionada cuando sus costes sean considerablemente mayores a sus beneficios (Suárez & Vallejo, 2017) .

Características de las Medidas Cautelares.

De acuerdo a Priori (2019), el presupuesto esencial del peligro en la demora es el que determina estos rasgos característicos de la tutela cautelar. Las características de las medidas cautelares son las siguientes:

- **Jurisdiccionalidad:** Implica que la determinación y la práctica de las medidas cautelares debe ser encomendada de manera exclusiva a quien ejerce la función jurisdiccional del Estado, y

así también que resulta esencial para el ejercicio de esta función poder otorgar la tutela cautelar (Priori G. , 2019).

- **Instrumentalidad:** Se refiere a que las medidas cautelares son accesorias, es decir, tienen dependencia de un proceso judicial al cual acceden y sirven como herramientas procesales para asegurar la efectividad de la sentencia, por lo que están a disposición de la efectividad del proceso. Por lo tanto, jamás podrá existir una medida cautelar por sí sola, ya que no tendrían ninguna razón de ser, pues requerirán que exista el objeto que buscan garantizar, al cual sirven como medio de eficacia. Así pues, el fin de la tutela cautelar es asegurar que la tutela que se dará en el proceso será eficaz (Quiroga, 2011).

Por lo tanto, una vez que la medida cautelar es dictada por el Juez, esta sigue la suerte del proceso principal para todos sus efectos. Por este motivo, al ser posible requerirlas de forma previa a la presentación de la demanda, si el término de ley no se presenta la pretensión del proceso principal, estas medidas caducarán debido a la falta de un proceso principal al cual acceder (Macay, 2019).

Las providencias cautelares jamás constituyen un fin por sí mismas, sino que se encuentran inevitablemente sujetas a la emisión de una sentencia definitiva, que contiene un resultado práctico que resguardan de forma preventiva. De tal suerte que se originan para servir a la providencia definitiva, con la función de anticipar los medios más idóneos para su eficacia (Calamandrei, 2006).

- **Provisionalidad:** Únicamente subsistirán mientras duren las situaciones de hecho o Derecho que las generaron, por lo que nunca serán permanentes ni definitivas. Son de vigencia limitada o transitoria, puesto que están llamadas a expirar una vez que la sentencia que pretendían garantizar adquiera la calidad de cosa juzgada, de modo que sus efectos son provisorios y jamás puede originar efectos irreversibles (Priori G. , 2019).

En efecto, las medidas cautelares deben durar un tiempo limitado, el cual es fijado por la autoridad competente, ya sea extinguiéndolas al cambiar la situación de hecho que las justificó o debido a que una vez ordenadas, el peticionario no presente su pretensión en el término legal. De ahí que, su duración predeterminada causará su extinción y levantamiento de sus efectos en una etapa precisa del proceso (Macay, 2019).

Según el jurista (Calamandrei, 2006), una providencia cautelar tiene efectos provisorios porque estos se encuentran destinados a agotarse, pues su fin será cumplido una vez que el juzgador dicte la sentencia de fondo que resuelva la controversia. En consecuencia, los efectos de la medida cautelar se extinguen *ipso iure* cuando se dicta la sentencia definitiva, sin que resulte necesaria ninguna nueva providencia que la revoque.

- **Sumariedad:** La medida cautelar es dictada de forma posterior a un conocimiento sumario de la situación por parte del juez y del análisis de la apariencia del derecho, usualmente sin oír a la parte contraria. Aquello suele generar cuestionamientos respecto a si el fin de la cautela afecta el derecho al debido proceso, sobre lo cual la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado indicando que no existe vulneración al debido proceso debido al propósito de la tutela cautelar de garantizar la efectividad de la sentencia, evitando que el demandado intente liberarse de los resultados de un fallo en su contra (Jiménez, 2014).

Los instrumentos cautelares son sumarios y sencillos en cuanto a su petición, su trámite y resolución, puesto que no resuelven cuestiones de conocimiento ni declaran derechos. La justificación de la sumariedad es que si el proceso para dictar la medida cautelar se retarda se afectaría su eficacia y no sería congruente con la naturaleza de la tutela cautelar (Macay, 2019).

En concordancia, Calamandrei sostiene que, si para dictar una medida cautelar fuese necesario un conocimiento profundo respecto a la existencia del derecho, sería más ventajoso esperar la

sentencia definitiva, en lugar de complicar el proceso con dobles investigaciones, pues no existiría la ventaja de la prontitud de la tutela cautelar. Este autor señala que el resultado de la cognición sumaria respecto a la existencia del derecho tendrá el valor de hipótesis, la cual únicamente podrá ser verificada cuando se dicte la sentencia definitiva. De tal forma que, la medida cautelar por naturaleza es hipotética y cuando esta hipótesis se soluciona mediante la declaración de certeza, significa que agotó su función (Calamandrei, 2006).

- **Urgencia:** Se requiere la adopción de la medida cautelar con inmediatez y rapidez para resguardar un derecho o una situación de hecho, puesto que su aplicación es necesaria para evitar la insatisfacción del derecho del peticionario de la medida, debido a la eminencia del peligro de daño sobre este derecho o situación, así como en razón de la imposibilidad de obtener protección por otros medios (Jiménez, 2014).

En consecuencia, una vez dictada la medida cautelar por el juez competente, deberá aplicarse de manera inmediata, pues existe el riesgo de que sufra un daño el derecho en conflicto y que la pretensión resulte incumplida (Macay, 2019).

- **Preventividad:** Se traduce en que estas medidas buscan resguardar un derecho sustancial o una situación jurídica de la afectación que podrían sufrir a causa de la demora del proceso, de modo que la finalidad de las cautelas es evitar mediante su aplicación que se produzca un daño, ya sea por una acción u omisión (Jiménez, 2014).

Subsistirán el tiempo necesario para impedir la vulneración de los derechos de los justiciables. No se relacionan con el fondo de la cuestión principal, únicamente se utilizan para precaver un daño posible (Macay, 2019).

- **Contingencia:** El hecho de que un juzgador conceda estas medidas no significa que concederá la pretensión que se busca garantizar con ella, así como el hecho de que niegue estas

medidas tampoco implica que rechazará la pretensión; debido a que el juez al momento de conceder la medida cautelar no analiza los mismos aspectos que al momento de dictar la sentencia (Priori G., 2019).

Sujetas a la cláusula *Rebus sic Stantibus*. Para que el juez conceda estas medidas debe evaluar, a más de su adecuación al caso concreto, situaciones de hecho y de derecho al momento de dictarlas, las que constituirían a su criterio la apariencia de un buen derecho y el peligro en la demora. Por lo tanto, si estas circunstancias varían durante el transcurso del proceso, el juez podrá reformar la decisión a través de la cuál otorgó o rechazó el instrumento cautelar. La modificación de esta resolución, de conformidad a la cláusula *rebus sic stantibus*, únicamente podrá ser requerida a petición de parte, mediante una solicitud de revocación, modificación o re-proposición de la medida cautelar (Quiroga, 2011). Así pues, las medidas cautelares no son inalterables, toda vez que estas pueden ser revocadas, modificadas o transformadas, ya que dependen de la continuidad de la situación que originó que sean dictadas (Jiménez, 2014).

De acuerdo al jurista Calamandrei, se considera que las medidas cautelares emanan de la cláusula *Rebus sic Stantibus*, debido a que no existe una declaración de certeza de una relación que ha extinguido en el pasado y con efectos de cosa juzgada; sino que se trata de una relación jurídica nueva fundamentada en el porvenir y por lo tanto se encuentra destinada a perdurar y transformarse de acuerdo a las exigencias que motivan su necesidad. Es por este motivo, que la misma autoridad que dictó un instrumento cautelar, podrá a través de una nueva cognición sumaria reformarla o revocarla, si durante la sustanciación del proceso han variado las circunstancias que las justificaron (Calamandrei, 2006).

- **Contracautela:** Esta característica es la caución que deberá consignar el peticionario del instrumento cautelar, cuya finalidad es garantizar a la parte afectada la compensación de los daños

y perjuicios que le podría causar la medida dictada en su contra en el supuesto de que mediante la sentencia definitiva se rechace la pretensión de la demanda. Se fundamenta en el principio de igualdad, pues si bien habrá cabida para ordenar una medida cautelar para proteger un derecho que aún no ha sido reconocido por el juzgador, también deberá garantizarle los daños al contrario, en caso de que se resuelva que este derecho no existe (Macay, 2019).

Clasificación de las Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares son clasificadas por la doctrina, de acuerdo a sus cualidades, de la siguiente manera:

a) De conformidad a su Previsión:

Se clasifican en medidas nominadas e innominadas: las primeras son aquellas que se encuentran especificadas en la ley y las segundas nacen como una respuesta urgente para cubrir vacíos jurídicos en las normas o la probabilidad de que exista un derecho que quede desprotegido por las medidas nominadas (Macay, 2019, pág. 8). De tal suerte que las medidas innominadas son aquellas que no se hallan contempladas en la ley (Segura & Villamil, 2019) .

b) De conformidad a su Objeto:

Pueden ser clasificadas como reales, personales y probatorias: Las primeras son aquellas que recaen sobre los bienes objeto del proceso, por ejemplo, cuando se dicta una medida de embargo contra un bien inmueble perteneciente al deudor, para evitar que este lo enajene e impida la ejecución de la sentencia. Las segundas recaen directamente sobre las personas involucradas en el litigio o vinculadas al proceso, como por ejemplo la prohibición de salida del país. Las últimas son practicadas de forma previa al inicio del proceso, para obtener la práctica de la prueba anticipada o extra-procesal en los procesos permitidos por la ley (Buitrago Castillo, 2015) Según Macay (2019), se las clasifica como personales, cuyo objeto es la persona accionada, a la que limitan o suspenden sus derechos o sus facultades, como por ejemplo la restricción de la

libertad de locomoción; y, reales, cuyo objeto es una cosa, es decir, regulan limitaciones a la libertad de disposición o administración de los bienes del demandado, como por ejemplo la incautación conservativa de un bien mueble.

c) De conformidad al Mecanismo o Función:

Se clasifican en conservativas e innovativas: Las primeras coadyuvan a la ejecución de la sentencia en cuanto preservan inalterado el estado actual de una situación durante el tiempo que sea necesario. Mientras tanto, las medidas innovativas crean un nuevo estado de la situación que simplifique los resultados de la sentencia. De tal forma que, su cometido es opuesto al de las medidas conservativas, puesto que reforman el estado actual de hecho o de derecho, con el objetivo de conseguir que se detengan actos contrarios al derecho, o se retroceda una situación al estado previo del proceder contrario a la ley (Macay, 2019).

De tal modo que, según la finalidad de las medidas cautelares, estas son diferenciadas por la doctrina como conservativas e innovativas. Las primeras son aquellas que se encuentran destinadas a la conservación del estado de hecho que existe al tiempo de ser dictadas, cuya finalidad es impedir que se dicte una futura sentencia definitiva imposible de cumplirse; mientras que las segundas buscan anticipar los efectos constitutivos o innovativas de la sentencia, modificando la situación actual existente, a fin de que la sentencia definitiva no pierda su efectividad debido a la lentitud del proceso mediante el cual será dictada (Cabrera y otros, 2015).

Capítulo II: Sistemas Cautelares

Clases de medidas cautelares

Existen tres diferentes clases de sistemas cautelares: sistema absolutamente atípico, sistema absolutamente típico, y el sistema típico moderado o mixto (Villanueva, 2020)

I) Sistema Absolutamente Atípico

El régimen cautelar absolutamente atípico contiene normas que determinan los requisitos generales de procedencia de los instrumentos cautelares, pero carece de normas que delimiten el contenido de las medidas cautelares, de modo que permiten que el juzgador, de acuerdo a su discreción, establezca el contenido de las medidas cautelares analizando cada caso particular (Villanueva, 2020). De tal forma que, el régimen típico es aquel donde el juez podrá conceder cualquier medida cautelar destinada a garantizar la eficacia de la sentencia en cuanto a la pretensión (Priori G. , 2015).

II) Sistema Absolutamente Típico.

De forma opuesta, el régimen cautelar absolutamente típico es el que contiene regulado un procedimiento cautelar único y normas que limitan el contenido de cada instrumento cautelar que el órgano jurisdiccional podrá dictar. En este sistema cada medida cautelar deberá tener una denominación y se deberá identificar su contenido de forma expresa, así como la circunstancia jurídica que procura tutelar y el peligro que procura detener (Villanueva, 2020).

Respecto de estos dos sistemas es fundamental indicar que, como todo régimen absoluto, estos no son perfectos. En consecuencia, la mayor crítica del sistema absolutamente típico es que el campo de la realidad es mucho más amplio que la imaginación del legislador y que las situaciones que este puede prever, por lo tanto es lógico que en el ámbito práctico van a acontecer circunstancias que necesiten de una tutela cautelar, pero sin embargo, al no encontrarse

determinadas en la ley de forma explícita, el juez no podrá otorgarle esta tutela o podrá hacerlo, aplicando un instrumento cautelar que no sea idóneo para el caso concreto. En cambio, el sistema absolutamente atípico es criticado especialmente debido a que el juez tiene un extenso poder de discrecionalidad, lo que podría ser un riesgo si estos actúan con falta de independencia o imparcialidad (Villanueva, 2020).

III) Sistema Típico Moderado o Mixto.

Para hacer frente a las críticas de los otros dos sistemas, existe el régimen típico moderado o mixto, el cual se diferencia de los anteriores en vista de que contiene regulado un procedimiento cautelar único, con normas que delimitan el contenido de las medidas cautelares que el juzgador podrá dictar en determinadas situaciones, pero además regula la posibilidad de que el juez dicte un instrumento cautelar atípico cuando las medidas cautelares previstas en la norma no resulten idóneas para proteger el derecho disputado (Villanueva, 2020).

De lo expuesto, puede observarse que el sistema procesal cautelar absolutamente típico es aquel donde el juez únicamente podrá dictar las medidas cautelares nominadas, es decir, que se encuentran taxativamente previstas y delimitadas en la ley. Por el contrario, el sistema procesal cautelar absolutamente atípico es aquel donde el juzgador podrá dictar únicamente medidas cautelares innominadas, de acuerdo a su discreción, toda vez que en este régimen no se determina expresamente ninguna medida cautelar en la ley. Finalmente, el sistema procesal típico moderado o mixto es aquel que contempla tanto la posibilidad de que el juzgador dicte medidas cautelares nominadas como innominadas según a la necesidad de cada caso concreto.

Por su parte, el doctrinario Calamandrei (2006) manifiesta que es de gran relevancia práctica que todo sistema procesal debe contemplar un buen ordenamiento jurídico de los medios cautelares, pues su deficiencia podría afectar la eficacia de la función jurisdiccional en el momento ejecutivo

e impedir la realización de la justicia ante la falta de medidas adecuadas. De modo que, identifica los defectos generales que perjudican un sistema cautelar, que son los siguientes:

- a) Ausencia de un poder cautelar general, que faculte al juzgador ante el peligro en la demora, a dictar, de forma independiente de las medidas cautelares pre-constituidas en la norma, los instrumentos de garantía que estime idóneos para satisfacer las exigencias del caso concreto. En otras palabras, este poder faculta al juez a dictar medidas cautelares innominadas.
- b) Ausencia de un procedimiento sumario cautelar sumario uniforme, instaurado con la finalidad de establecer de forma ágil y simple la tutela cautelar en todas sus manifestaciones, con reglas que sea adapten a los distintos fines cautelares, predeterminadas por la ley o constituidas para cada caso por el juez.

En otros términos, el jurista Calamandrei sostiene que los sistemas procesales cautelares que no contemplan un poder general de cautela para que el juez dicte las medidas innominadas, cuando el caso particular lo requiera, serán sistemas con deficiencias que no permitirán garantizar la efectiva ejecución por parte de la función jurisdiccional. Es primordial puntualizar que el sistema cautelar típico es el único de los tres regímenes analizados, donde no se faculta al juez dictar medidas innominadas. Es por este motivo, que con la finalidad de comprender con mayor claridad cuál es el sistema procesal cautelar más óptimo para garantizar una efectiva tutela cautelar, a continuación, analizaremos la importancia de la medida cautelar innominada.

Las medidas cautelares innominadas

De acuerdo a Garzón y Garzón (2013) existe consenso en la doctrina sobre que las medidas cautelares innominadas emanan del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano que señala:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer qué durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria,

se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo (pág. 59).

Puede analizarse de la norma transcrita, que esta permitía, a quien tenía un temor fundado en vista de que sus derechos se encontraban en una situación de riesgo por la demora del proceso, que solicite ante el órgano jurisdiccional la medida que estimaba más apta para proteger los resultados de la futura sentencia, de acuerdo a las circunstancias de su caso en particular, aunque estas no se encontraban reguladas de manera expresa en la legislación procesal.

Tradicionalmente las legislaciones procesales contemplaban un sistema de medidas cautelares nominadas. Sin embargo, la experiencia práctica ha demostrado que el legislador es incapaz de anticipar todas las infinitas posibilidades que la realidad presenta y que exige cada caso particular, de modo que los sistemas procesales tradicionales de medidas cautelares taxativas o nominadas no siempre resultaban efectivos para cumplir su propósito de asegurar la materialización de las sentencias y protección de los derechos reclamados. Por este motivo, los ordenamientos jurídicos procesales modernos han implementado el régimen de las medidas cautelares innominadas o genéricas (Fabrega & Arnufalo, 1989).

Así pues, las medidas cautelares innominadas surgen como una solución ante la imperiosa necesidad de justicia de las sociedades modernas, volviéndose herramientas destinadas a garantizar la efectividad de los derechos. Un régimen de instrumentos cautelares no taxativo se encuentran contempladas en distintos Códigos Procesales tales como: Código Procesal Civil Italiano de 1940; Código de Procedimiento Civil japonés; Código Procesal Civil alemán y de la República Federativa Soviética de Rusia; Código de Procedimiento Judicial sueco; Código Procesal Civil y Comercial de Argentina; Código de Procedimiento Civil brasileiro; Código

Procesal colombiano; y, en las figuras del “injunction y contempt of court” de Estados Unidos (Jiménez, 2014).

Es fundamental enfatizar que las medidas cautelares innominadas permiten que el juez, mediante el análisis de cada caso individual y siempre a petición de parte, conceda las medidas que bajo su criterio estime razonables, las que aunque no están expresamente previstas en la norma, resultan las más idóneas para garantizar el derecho objeto del litigio, así como para evitar su vulneración, impedir daños y hacer cesar los daños ocasionados sobre el mismo, garantizando la efectividad de la pretensión de la parte reclamante (Suárez & Vallejo, 2017).

Previo a que el juzgador dicte la medida cautelar innominada, deberá valorar que su decisión no resulte injustificadamente lesiva para la otra parte, de modo esta será justa y equilibrada, protegiendo los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso. Aquello sin perjuicio de que la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en torno a aquello manifestando que las medidas cautelares, debido a su naturaleza preventiva, podrían afectar justificadamente el derecho a la defensa y del debido proceso, toda vez que estas suelen limitar un derecho de la parte demandada, de forma previa a que sea derrotada en el proceso y obtenga una sentencia en contra. De ahí que, existen rígidos requisitos establecidos en los distintos ordenamientos jurídicos que deben ser cumplidos estrictamente, previo a que el juez dicte un instrumento cautelar, con el objetivo de garantizar que estos sean razonables y proporcionales. (Suárez & Vallejo, 2017)

Elementos de las Medidas Cautelares Innominadas.

Los elementos de las medidas cautelares innominadas son la existencia de un poder general de cautela, la discrecionalidad del juez y el carácter de cautela compartido con las medidas nominadas (Cabrera y otros, 2015).

Poder General de Cautela. Las medidas cautelares innominadas implican la existencia de un poder general de cautela que posee el Juez y que lo faculta, a disponer, sin mayores restricciones, las medidas que estime idóneas para garantizar el resultado efectivo del proceso y la ejecución de la sentencia aspirada por la parte demandante. En otros términos, es una competencia del órgano judicial para dictar, cualquier clase de medida cautelar idónea para proteger los derechos en peligro o lesionados, debido a la extensa duración del proceso, determinado su contenido, alcance y su duración (Cabrera y otros, 2015).

Calamandrei, citado por Suárez & Vallejo (2017) define el poder general de cautela en los siguientes términos:

Aquel poder [...] confiado al juez fuera de los institutos singulares [...] y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso. (pág. 151)

El poder cautelar general se fundamenta en la diversidad de circunstancias en las que se puede justificar la petición de un instrumento cautelar, lo que origina un extenso conjunto de derechos que no se encuentran comprendidos en la protección efectiva que brinda la norma mediante la aplicación taxativa de las cautelas previstas por el legislador, quedando de este modo fuera del ámbito de protección de la tutela cautelar. Es así que existe la necesidad de contar con instrumentos, que cumpliendo los requisitos de ley, permitan brindar una protección cautelar a estas circunstancias de hecho que no alcanzan a ser resguardadas por las medidas cautelares típicas. Mediante la aplicación de este poder se materializan las medidas cautelares innominadas y se garantiza una verdadera tutela judicial efectiva (Salcedo, 2015).

Este poder cautelar general otorga al operador de justicia la posibilidad de dictar providencias cautelares evaluando la necesidad, pertinencia, adecuación oportuna y urgencia de la medida

en relación a la situación de hecho del caso concreto, así como lo faculta a crear su contenido para remediar el silencio de la ley frente a ese escenario en particular, y de esta forma logra impedir un daño o neutralizar un peligro (Suárez & Vallejo, 2017).

Por su parte, Calamandrei (2006) analiza la procedencia del reconocimiento del poder cautelar general en el ordenamiento jurídico poniendo el siguiente ejemplo un caso práctico donde hay peligro en la demora y no existe expresamente previsto en el derecho positivo una medida cautelar idónea para eliminarla.

El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con el objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que se figuraba entre los numerosos invitados tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borraste la figura ultrajante y el resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproduce a su imagen en pose impúdica [...] es cierto que la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociese al juez civil el poder general de ordenar las medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas por la ley.

El doctrinario Chiovenda soluciona afirmativamente el caso planteado y sugiere que en el ordenamiento jurídico italiano deberá considerarse implícitamente existente la figura general de la medida provisional cautelar otorgándole al juzgador la posibilidad de determinar su

oportunidad y su naturaleza; de la misma manera que otras legislaciones contienen una regulación general de las medidas cautelares (Calamandrei, 2006).

Por el contrario, Calamandrei mediante un estudio exegético del derecho procesal italiano y un análisis de los principios generales del Derecho Procesal concluye que la solución del problema formulado debe ser negativa, pues ninguna norma faculta al juez a dictar una medida cautelar distintas a las expresamente previstas en la ley. Además, bajo su consideración resulta insuficiente que el interés en obrar y el peligro en la demora para dictar que el juez pueda dictar una medida cautelar que no está expresamente prevista en la ley o dictar una medida cautelar existente para los casos que la ley no lo prevé, pues estas tienen carácter excepcional y que las normas que la regulan son *strictae interpretationis*. (Calamandrei, 2006). Cabe destacar, qué de forma posterior en la misma obra, tal como fue mencionado anteriormente en este trabajo de investigación, el jurista Calamandrei reconoce que la ausencia en un sistema procesal del poder general de cautela otorgada el juez para dictar medidas cautelares innominadas constituye una deficiencia del ordenamiento jurídico procesal que afecta la eficiencia de la tutela cautelar al momento de cumplir su fin de garantía.

Por lo expuesto, se concluye que el poder cautelar general es conferido por el legislador al órgano jurisdiccional y da paso a que este último decreta las medidas innominadas que estime más idóneas para la situación concreta, protegiendo los derechos de los justiciables a través de la posibilidad de que se apliquen instrumentos cautelares no determinados de manera taxativa en la norma, a fin de asegurar el resultado de la futura sentencia y evitar que la demora del proceso la torne inoperante.

Discrecionalidad del Juez. Este segundo elemento se refiere a la libertad que posee el juzgador de elegir la medida cautelar innominada de acuerdo a su arbitrio, observando las circunstancias específicas de cada caso en particular, las que difícilmente se encuentran previstas de forma total

en la ley. Cabe recalcar que el arbitrio del órgano jurisdiccional no equivale a arbitrariedad en su decisión, sino más bien se trata de una libertad de elegir y determinar la medida más idónea dentro de los parámetros establecidos en la ley (Cabrera y otros, 2015).

De tal manera que, la capacidad otorgada al juez en relación a las medidas cautelares innominadas, no es una facultad discrecional amplia e limitada, sino más bien una capacidad restringida estrictamente frente a los límites constitucionales y legales, los cuales el órgano jurisdiccional deberá respetar cuando tome su decisión definitiva respecto cual instrumento cautelar aplicará al conflicto legal que conoce (Suárez & Vallejo, 2017) .

En concordancia, Salcedo (2015) manifiesta que la discrecionalidad que posee el Juez no implica que puede tomar la decisión con arbitrariedad, ni con un trato de desigualdad a las partes procesales, sino con una libertad de elegirla evaluando cual resulta más apta para asegurar la eficacia de la sentencia dictada, respetando los límites y los requisitos de la ley. Se le exige al juzgador el deber de motivar la providencia mediante la cual concede el instrumento cautelar innominado, lo que es una garantía para la parte afectada de que el poder cautelar genérico del órgano jurisdiccional no haya sido empleado de modo arbitrario.

Esta motivación que el juzgador deberá realizar al momento de dictar el instrumento cautelar innominado deberá contener la fundamentación de su decisión, esto es, la especificación de por qué dictó la medida y cuáles circunstancias justificaron que lo haga. Aquello es sumamente importante, toda vez que se están anticipando los efectos de la sentencia, con la finalidad de lograr verificar la decisión adoptada ha sido justa para la parte afectada (Cabrera y otros, 2015).

En otras palabras, se trata de una discrecionalidad técnica otorgada al órgano jurisdiccional, para que de acuerdo a sus criterios de razonamiento, necesidad y proporcionalidad; y siempre que concurren los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares generales que son el peligro

en la demora, la apariencia de buen derecho y la contra-cautela, dicte la medida más idónea evaluando las circunstancias particulares de la situación de hecho (Salcedo, 2015).

Se puede afirmar que la piedra angular de las medidas cautelares innominadas es el órgano jurisdiccional, pues es quien deberá analizar que se cumplan todos los requisitos legales para dictarlas y no cometer erróneamente un abuso de derecho frente a la parte afectada. Para el efecto, el juez deberá realizar un complejo proceso jurídico intelectual en el que debe analizar si concurre la apariencia del buen derecho, la necesidad de dictar la medida, la efectividad de esta, evaluar la legitimación del solicitante de la medida y la razonabilidad de la misma para resguardar el objeto del conflicto legal (Segura & Villamil, 2019).

Existen críticas a la potestad discrecional que tiene el juez al aplicar el poder cautelar general, pues se observa que el legislador traspasa facultades de su función legislativa al órgano jurisdiccional, que será quien cree el contenido y decida la medida cautelar que dictará. No obstante, debe tomarse en consideración que las realidades y los conflictos cambian con el transcurso del tiempo, de tal suerte que el legislador al momento de crear la norma no podrá prever cada uno de las posibles situaciones que podrían llegar a presentarse y brindarles una solución (Cabrera y otros, 2015).

En consecuencia, las medidas cautelares innominadas son herramientas procesales útiles a disposición del operador de justicia, quien no se encuentra obligado a dictarlas, sino de acuerdo a su necesidad y atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Son instrumentos de justicia que garantiza la igualdad de las partes del proceso, pues en vista de que el legislador no tomó en cuenta el problema específico de un caso particular al elaborar la norma, el juzgador podrá brindarle la tutela cautelar adecuada a este caso mediante la aplicación de la medida cautelar innominada, protegiendo a la parte procesal que se encuentre en desventaja y que podría sufrir un daño por la demora del proceso (Cabrera y otros, 2015).

En síntesis, el poder cautelar general es una facultad no absoluta que otorga el legislador al órgano jurisdiccional, la cual le permite apartarse de las medidas cautelares taxativamente previstas en la ley y en su lugar, dictar de acuerdo a su discreción la medida innominada que considere oportuna para el caso concreto, siempre y cuando evidencie que concurran los presupuestos que justifican dictar una medida cautelar.

Carácter de Cautela Compartido con las Medidas Nominadas

Finalmente, el último elemento de las medidas cautelares innominadas es el carácter cautelar que comparten con las medidas nominadas, pues ambas pretenden evitar el riesgo de la imposibilidad de la ejecución de una sentencia definitiva, lo que la tornaría ilusoria; así como evitar que una de las partes procesales ocasione daños graves o de difícil reparación al derecho de la contraparte mientras se tramita el proceso judicial. Siendo estas las razones que funda que los instrumentos cautelares sean dictados (Cabrera y otros, 2015).

Sobre este tercer elemento de las medidas cautelares innominadas es elemental puntualizar que, además de compartir la misma finalidad que las medidas cautelares nominadas, tal como se ha mencionado en los párrafos anteriores, también comparten los mismos presupuestos procesal que deben concurrir para que el juez las dicte, es decir; el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la adecuación. Además, también comparten las mismas características que las medidas cautelares nominadas.

Justificación de las Medidas Cautelares Innominadas

La importancia de que los sistemas cautelares procesales incluyan la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas radica en que las medidas cautelares típicas o nominadas no siempre bastan para satisfacer todas las necesidades de protección que resultan de un proceso judicial, pues no siempre habrán bienes de por medio que puedan ser objeto de embargos o secuestros (Garzón & García, 2013).

Un ejemplo que permite apreciar la importancia de una medida cautelar innominada es el del arrendador de un local comercial que paga un costoso canon de arrendamiento. En vista de que sus ventas disminuyen por motivo de las obras que se están realizando en el sector, el arrendatario converse con su arrendador y le solicita una rebaja de la pensión hasta que se finiquiten las obras. El arrendador se niega, de modo que el arrendatario inicia un proceso de regulación del canon de arrendamiento, es decir, un proceso de naturaleza declarativa donde el actor podrá demostrar al juzgador la necesidad de la reducción de la pensión de arrendamiento (Segura & Villamil, 2019).

En ejemplo citado, si no existieran las medidas cautelares innominadas, el demandante deberá continuar cancelando el alto canon de arrendamiento hasta que se dicte la sentencia, lo cual resulta injusto y lesivo para él. Sin embargo, si el sistema procesal regula una medida cautelar innominada, previo cancelar una caución, el juez podrá de forma anterior al fallo, una reducción de la pensión hasta que se dicte la sentencia o hasta que varíen las circunstancias que motivaron la medida. De tal forma que, la importancia de las medidas innominadas es no dejar ningún derecho fuera del alcance de una tutela cautelar (Segura & Villamil, 2019).

Como se analizó previamente, en el campo de la realidad existen situaciones que se escapan de la imaginación del legislador y por lo tanto, no existen medidas cautelares previstas en la norma que podrían protegerlas. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que posee todo ciudadano exige la protección de todo derecho sin distinción alguna, de modo que no puede existir un grupo de derechos que queden fuera de la protección que brinda la tutela cautelar, bajo la justificación de que no se han previsto taxativamente en la norma las medidas cautelares adecuadas para para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia en estos casos.

Lo anterior implicaría reconocer que, debido a un vacío en las normas, se permitirá que se niegue la tutela cautelar y por tanto, la tutela judicial efectiva de determinados derechos, los cuales serán

expuestos a un peligro o inclusive serán perjudicados por esta deficiencia normativa. En consecuencia, se lesionaría el derecho a la efectividad de los justiciables y se los expondría a la obtención de sentencias ilusorias. De ahí que, es primordial que todo sistema procesal cautelar incluya la posibilidad de que el juzgador evalúe cada caso concreto y de estimarlo necesario, dicte las medidas cautelares innominadas que protejan los derechos del demandante. Caso contrario, el sistema procesal cautelar sería inconstitucional por no garantizar realmente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de todos los derechos de sus ciudadanos.

Capítulo III: Referentes Empíricos

El presente trabajo de investigación se desarrolló partiendo de la observación empírica de un problema jurídico existente en la actualidad en el Ecuador, como lo es el sistema procesal cautelar absolutamente típico contemplado en el Código Orgánico General de Procesos, su ineficiencia para garantizar una eficiente tutela cautelar y consecuentemente, una tutela judicial efectiva de todos los derechos de la ciudadanía.

Para el efecto, se realizó un análisis jurídico de libros, artículos académicos y tesis de post-grado relacionados con el problema jurídico estudiado, que permitieron formar un criterio respecto de la relevancia de determinadas instituciones jurídicas y derechos tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar, las medidas cautelares, los distintos sistemas procesales cautelares y la medida cautelar innominada, así como las particularidades de cada uno de estos y su estrecha conexión.

En el libro titulado “Derecho de los Desastres: COVID-19” publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú se incluyen una serie de artículos académicos. El artículo “La tutela jurisdiccional efectivo en tiempos de COVID-19: apuntes sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en materia cautelar” elaborado por Villanueva (2020) se analizan las tres clases de sistemas cautelares que existen: sistema absolutamente típico, sistema absolutamente atípico y sistema típico moderado o mixto. El autor, basándose en criterios doctrinales, diferencia los sistemas procesales cautelares y expone cuáles son los defectos de los mismos. Finalmente, realiza un análisis del sistema cautelar acogido por el Código Procesal Civil peruano.

Este referente empírico fue de gran relevancia para este trabajo de investigación, puesto que permitió identificar el grave defecto que padece todo sistema cautelar absolutamente típico, este es, que resulta insuficiente para proteger todos los derechos y las realidades que pueden

presentarse en el campo de la realidad. Así también, dio a conocer los otros sistemas procesales y de qué forma resultan más eficientes para garantizar una tutela cautelar a la ciudadanía.

El libro “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares” escrito por el destacado jurista, Piero Calamandrei, permitió comprender a profundidad la relación entre la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar, la segunda como una forma autónoma de la primera, la que se encarga de asegurar los resultados de las sentencias dictadas por los órganos judiciales. Así también, se estudian las características y la importancia de las medidas cautelares, para garantizar no solo la finalidad privada de asegurar las pretensiones de los particulares hasta que se dicte la sentencia por el juzgador, sino también la finalidad pública de contribuir al buen funcionamiento y la eficacia de la administración de la justicia. De igual forma, esta obra permite valorar la importancia de contemplar en todo sistema procesal cautelar, un poder general de cautela que permita el juzgador dictar medidas cautelares innominadas cuando un caso concreto lo requiera, con el objeto de no dejar ningún grupo de derechos fuera del ámbito de protección de la tutela cautelar.

El estudio denominado “Compatibilidad o incompatibilidad de medidas cautelares nominadas e innominadas en procesos declarativos civiles” elaborado por Salcedo, Salgado, Ledesma, González, Palacio, Vergara, Vides y Anaya (2015) analizó la importancia de las medidas cautelares innominadas como integrante del núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, realizando un estudio de los distintos sistemas cautelares que existen en el derecho comparado; sistema totalmente atípico en Francia, Italia y Alemania; y, sistema mixto en Venezuela, Chile, Colombia y Costa Rica.

Dentro de este referente empírico se conceptualiza la medida cautelar innominada, como aquella que no se encuentra prevista expresamente en la norma, y se estudia la tutela judicial efectiva.

Permite concluir que la primera es fundamental para lograr la materialización de la segunda. Así

pues, se comprendió la importancia de la medida cautelar innominada, la cual es una necesidad judicial para garantizar en todo caso, sin excepción alguna, una verdadera tutela cautelar. Esto en vista de que resulta imposible para el legislador anticipar toda situación fáctica y jurídica que podría acontecer dentro de un pleito legal.

También contribuyó a una clara comprensión del poder cautelar general del juzgador como elemento característico de la medida cautelar innominada y los límites del mismo, que son los presupuestos procesales que deberán observarse al dictar estas medidas, los que evitan arbitrariedades o abusos del derecho por parte de los operadores de justicia. En síntesis, mediante este estudio se logró observar que en toda norma procesal donde no se encuentra contemplada la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dicte una medida cautelar innominada, se estará produciendo una grave y directa afectación en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por este motivo, se necesitará realizar una reforma inmediata en su ordenamiento jurídico-procesal vigente.

En el artículo académico “La medida cautelar innominada: antonomasia del acceso a la administración de justicia”, cuyos autores son Jiménez, Rodríguez, Santos, Murillo, Hernández, Galindo, Rivera, Quintero, Quiroga, Mayerly y Porras (2014) se estudia al instrumento cautelar innominado como medida que garantiza la justicia, ejecutividad, legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales. Se analiza que las medidas innominadas se encuentran tipificadas en distintas legislaciones procesales tales como la de Italia, Alemania, Rusia, Suecia, Japón, Estados Unidos, Brasil, Argentina y Colombia; debido a que las medidas cautelares tradicionales demostraron no ser efectivas para lograr su finalidad de aseguramiento. Se estudia las características y presupuestos procesales de las medidas innominadas, lo que permite una clara comprensión de esta institución jurídica.

Este estudio ha permitido concluir que, según la experiencia histórica de los diferentes sistemas procesal, el régimen tradicional cautelar de medidas nominadas en muchas ocasiones ha demostrado su ineffectividad para impedir que el contenido de las sentencias se vuelva inejecutable. La forma de resolver este problema para las sociedades modernas ha sido mediante la implementación de las medidas innominadas, las que guardan una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues garantizan la eficacia práctica de la sentencia y la protección real de los derechos; de forma que logran la vigencia del sistema jurídico, es decir, la aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica. Además, el juez tiene el rol de garantizar la justicia y la no vulneración de los derechos de los ciudadanos, cumpliendo el mandato constitucional de acceso real a la justicia, según el cual deberá dictar sentencias con efectos útiles y esto se logra garantizar precisamente mediante la aplicación de las medidas cautelares innominadas.

En el artículo titulado “Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial” de autoría de Suarez y Vallejo (2016) se analiza la naturaleza jurídica de la medida cautelar innominada y el poder general de cautela que la origina. Este permite comprender que la frecuente evolución y los cambios de la sociedad hicieron necesario para el legislador proporcionar a los jueces una facultad para que dicte la medida cautelar innominada justa, oportuna y adecuada para las condiciones del caso concreto, con la finalidad de no dejar ningún derecho fuera del amparo de la tutela cautelar.

Dicho referente empírico permite concluir que en países donde la justicia es lenta como Colombia, la implementación de la medida cautelar innominada ha sido fundamental para lograr proteger la efectividad de las sentencias. Así como, ha permitido comprender que el poder general cautelar que se le otorga al juez para decidir qué medida cautelar dictar para cada caso no debe generar preocupación en cuanto a la arbitrariedad con la que este podría actuar, toda vez que

los sistemas cautelares que consagran esta clase de medidas mantienen regulados estrictos requisitos constitucionales y legales que el operador de justicia deberá observar previo a dictar la medida e impiden estas irregularidades.

El trabajo de titulación de postgrado denominado “El otorgamiento de providencias preventivas en el Código Orgánico General de Procesos” elaborado por Macay (2019) ha permitido analizar la institución jurídica de la medida cautelar, su naturaleza jurídica, características, clasificación y finalidad. Así también, este referente empírico realiza un exhaustivo análisis del Título III del Libro II del COGEP, en específico de los 10 artículos que regulan las providencias preventivas, su procedencia, requisitos, procedimiento, caducidad, recursos y legitimación.

Por medio de este trabajo de investigación se pudo analizar toda la regulación procesal de las medidas cautelares en el Ecuador. El autor señala todos los tipos de providencias preventivas que existen en la norma procesal, esto es, en materia de crédito: el secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes y arraigo; y en materia de propiedad intelectual la terminación inmediata de actividades como suspensión de actividades de uso, operación, ofertas para venta, distribución, provisión, exportación o importación, disponibilidad, reproducción y secuestro.

Lo anterior permitió concluir que el sistema cautelar procesal en el Ecuador es el absolutamente típico, pues el órgano jurisdiccional únicamente puede dictar las medidas cautelares previstas en el párrafo anterior y no existe ninguna disposición que permita para un caso diferente, en el cual dichas medidas no sean de utilidad para tutelar los derechos del peticionario, que el juzgador dicte una medida cautelar innominada. En otras palabras, el régimen procesal cautelar ecuatoriano en la actualidad contiene una deficiencia normativa, pues hay numerosas circunstancias de hecho y derecho que acontecen en la realidad y se escapan del ámbito de protección de la tutela cautelar que otorga el Código Orgánico General de Procesos.

El libro titulado “El proceso y la tutela de los derechos” de Priori (2019) analiza las diferentes formas de tutela jurisdiccional efectiva, y en específico, su forma de tutela autónoma cautelar, cuya función específica es la de asegurar la sentencia que será dictada en el proceso. Se estudia los presupuestos de la tutela cautelar, estos son, el peligro en la demora, la probabilidad de que la pretensión planteada sea fundada y la adecuación. Se analiza la exigencia que contempla la Constitución de que la tutela jurisdiccional de todo derecho, sin excepción alguna, sea efectiva. Por este motivo, el sistema procesal de todo Estado Constitucional deberá garantizar una amplia tutela cautelar, que garantice la efectividad de cualquier derecho. Así también, se analiza la exigencia constitucional de que toda sentencia surta efectos en el campo de la realidad, ya que es la única forma de lograr la satisfacción del derecho.

Mediante este referente empírico se ha logrado comprender que toda persona que presente una demanda con una pretensión justificada, cuando exista peligro de que la ejecución y efectividad de la sentencia que será dictada se vea perjudicada por la demora de la tramitación del proceso, tendrá el derecho de solicitar que el órgano jurisdiccional le brinde una tutela cautelar mediante la aplicación de una medida cautelar apta, razonable y proporcional a la pretensión que procura resguardar, pues así lo consagra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho a la efectividad. Caso contrario, estaríamos frente a un sistema procesal inconstitucional, que resulta ineficiente para garantizar los derechos de la ciudadanía.

Los libros “El Procedimiento Ejecutivo y su sistema de excepciones tasado establecido en el Código Orgánico General de Procesos” de González (2021) y “Debido Proceso” de Oyarte (2016) permitieron concluir el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no implica solamente que los justiciables puedan acceder a la justicia y obtener una sentencia debidamente motivada del órgano jurisdiccional, sino también comprende el deber de los jueces de ejecutar esta sentencia, es decir, asegurar el efectivo cumplimiento de la misma.

El análisis de este derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, estudiado en los mencionados referentes empíricos, hace posible valorar que si el legislador exige al juez el deber de ejecutar el fallo que ha dictado dentro de un proceso, también deberá dotarlo de las herramientas procesales necesarias para el efecto, sino estaríamos frente a una contradicción en las normas.

Sumando a este análisis, lo estudiado en los anteriores referentes empíricos, se concluye que la tutela cautelar es la que garantiza la ejecución y efectividad de los fallos mediante la aplicación de las medidas cautelares. Sin embargo, la experiencia práctica ha demostrado que los sistemas cautelares absolutamente típicos que solo contemplan medidas cautelares nominadas, como lo es el ecuatoriano, resultan insuficientes para proteger todas las circunstancias que pueden acontecer en el ámbito de la realidad. Por ese motivo, el Ecuador necesita una reforma normativa inmediata destinada a una transición hacia un sistema cautelar absolutamente atípico, o típico moderado o mixto, donde existe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dicte medidas cautelares innominadas atendiendo las necesidades particulares de cada caso.

Además, no se puede responsabilizar al juez por no garantizar una tutela judicial efectiva, en específico respecto a la ejecución efectiva de la sentencia que dicta, cuando se trate de los casos que quedan por fuera del ámbito de protección de la tutela cautelar contemplado en el COGEP, ya que este no cuenta con las herramientas procesales necesarias para hacerlo, es decir, con las medidas cautelares innominadas que en la actualidad poseen la mayoría de sistemas procesales cautelares. En cambio, se puede afirmar que el responsable de esta falta de protección por parte de la tutela cautelar es el Legislativo, pues se trata de una deficiencia normativa y esta Función Estatal deberá realizar las reformas pertinentes en la norma procesal, garantizando la vigencia de los derechos de la ciudadanía mediante la tipificación de la medida cautelar innominada.

Capítulo IV: Marco Metodológico

Generalidades

El marco metodológico es definido por Azuero (2019) como:

Es el resultado de la aplicación, sistemática y lógica, de los conceptos y fundamentos expuestos en el marco teórico. Es importante comprender que la metodología de la investigación es progresiva, por lo tanto, no es posible realizar el marco metodológico sin las fundamentaciones teóricas que van a justificar el estudio del tema elegido. (pág. 113)

En específico, el método aplicado para la elaboración de una investigación dentro del ámbito de las ciencias sociales y en concreto, de las ciencias jurídicas, es el resultado un grupo de experiencias evaluadas durante el transcurso del tiempo y también del análisis personal sobre la manera en que se ha realizado dicha investigación y de los criterios del autor, así como de la evolución de las mismas a lo largo de los años. (Cruz, 2016)

Según Buenfil (2019) una investigación abarca un proceso metodológico con tres componentes que se encuentran vinculados entre sí y de esta forma, van generando el conocimiento. Así, la metodología se refiere a las tácticas de recolección de datos dentro de un estudio, su análisis y su proceso de estructuración. Sus tres componentes son: una dimensión teórica donde se elabora el cuerpo conceptual y se basa en la lógica; el referente empírico integrado de distintos soportes documentales y códigos variados, e incluye su análisis y el estudio de las condiciones en que se originó; y, finalmente, las preguntas del investigador, cuyo objetivo es generar conocimiento, y para realizarlas se requiere conocer el problema planteado, así como lo que se ha investigado sobre el mismo.

En otras palabras, el marco metodológico son aquellos métodos, técnicas e instrumentos que fueron utilizados para obtener los resultados de la investigación, el cual en el campo jurídico construye a base de la reflexión respecto a la base empírica del fenómeno abstracto e incluye tres componentes; la dimensión teórica, los referentes empíricos y las preguntas del investigador; los cuales permitirán generar conocimiento del fenómeno estudiado.

Diseño

En vista de que el objetivo del estudio será analizar el sistema procesal cautelar en la legislación procesal ecuatoriana y proponer la reforma a los artículos 124-133 del Código Orgánico General de Procesos, se recurrirá a un diseño no experimental que se aplicará de manera transversal,

debido a que en la actualidad existe suficiente fundamento teórico sobre el objeto de investigación, y este será de tipo descriptivo.

Según Arias (2021), el diseño de la investigación será no experimental cuando “[...] no hay estímulos o condiciones experimentales a las que se sometan las variables de estudio, los sujetos del estudio son evaluados en su contexto natural sin alterar ninguna situación; así mismo, no se manipulan las variables de estudio” (p. 86). Este mismo autor señala que será de tipo transversal cuando: “este diseño recoge los datos en un solo momento y solo una vez” (p. 86). Además, afirma que las investigaciones con alcance descriptivo: “tienen como principal función especificar las propiedades, tienen como principal función especificar las propiedades, características, perfiles, de grupos, comunidades, objeto o cualquier fenómeno” (p. 78).

Por lo expuesto, puede observarse que esta será una investigación descriptiva porque se pretende detallar todas las características, presupuestos doctrinales y teoría sustantiva sobre la tutela cautelar; su regulación en el Código Orgánico General de Procesos y en los ordenamientos jurídicos de legislación comparada; así como el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

También buscará explicar la forma que el sistema cautelar absolutamente típico regulado en la actualidad en el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano tiene defectos que no son compatibles con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De forma que, su último objeto será lograr la reforma del sistema procesal cautelar vigente en Ecuador basándose en el análisis de la forma en que este resulta ineficiente para asegurar los derechos de la ciudadanía, y, en especial, de la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva. Esta investigación contendrá un profundo análisis, síntesis e interpretación del fenómeno estudiado, de modo que su elaboración permitirá contribuir al desarrollo del conocimiento científico.

Enfoque.

El presente trabajo se elaborará con sujeción al planteamiento metodológico del enfoque cualitativo, ya que este se adecua a las necesidades de la investigación. El enfoque es definido como:

Un conjunto de creencias y actitudes, una visión del mundo que implica explícitamente una metodología determinada; como fuente de métodos, problemas y normas de resolución aceptados por una comunidad científica; que señalan las teorías, hipótesis que deben ser contrastadas, el método y la instrumentación necesaria para la contrastación. (UNINAV, 2017, págs. 24-25).

Este mismo autor señala que el enfoque será cualitativo cuando “Se enfoca en lo subjetivo-cualitativo; obtiene información de lo que las personas piensan y sienten, interpretan, no admite generalizaciones, se realiza con pequeñas muestras” (UNINAV, 2017, pág. 25). En otros términos, el enfoque cualitativo se centra en un estudio de la realidad subjetiva, sin recolección de datos numéricos, que incluye un análisis de la manera en que los autores perciben y experimentan los fenómenos.

Por consiguiente, este estudio se realizará bajo un enfoque cualitativo, que abarca el análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y en específico de la tutela cautelar, así como un estudio de esta tutela dentro del Código Orgánico General de Procesos, un análisis de legislación comparada y análisis jurisprudencial sobre esta misma institución jurídica, para comprender qué reformas en el sistema procesal cautelar permitirían garantizar su eficiencia y asegurar los derechos de la ciudadanía frente al peligro en la demora del proceso.

Método y metodología empleada

El método de investigación se lo define de la siguiente manera:

Si el conocimiento científico es objeto de producción, implica que hay formas para generarlo con base en la reflexión. Esto implica que un recurso para producir el conocimiento son los métodos de investigación, entendidos como herramientas que posibilitan indagar, esclarecer y categorizar

segmentos de la realidad que se han definido como problemas. Los métodos de investigación pueden valorarse como un conjunto de procedimientos ordenados que permiten orientar la agudeza de la mente para descubrir y explicar una verdad. Su utilidad consiste en que tienden al orden para convertir un tema en un problema de investigación y llevar a cabo la aprehensión de la realidad. (Aguilera, 2013, pág. 86)

En breve, mediante la aplicación del método se realizarán actividades de argumentación, indagación y descubrimiento, lo que permite generar conocimiento científico, realizar un análisis conceptual ordenado para comprender el núcleo de los problemas y lograr explicarlos. Además, se logra conectar los elementos conceptuales con los elementos fácticos, utilizando datos empíricos. Mientras tanto, la metodología se refiere a la verificación del análisis lógico de los métodos, es decir, el estudio de la lógica que los fundamenta respecto a su origen, eficacia, la razonabilidad de sus postulados y la coherencia de estos para generar conocimiento relevante (Aguilera, 2013). En el presente trabajo de investigación se utilizaron métodos teóricos y empíricos.

Métodos Teóricos

De acuerdo a Villabella (2015), los métodos teóricos son “ [...] los procedimientos que permiten operar a un nivel del pensamiento abstracto con conocimiento que se ha condensado en constructos de diferente magnitud; teoremas, conceptos, hipótesis, teorías, leyes, paradigmas, etcétera” (p. 936) El referido autor señala que este conocimiento se elabora sobre las ideas generadas por el hombre para comprender la realidad o que sintetizan conocimiento existente, los que se construyen partiendo de operaciones de análisis lógico y otras formas de razonamiento. Para el desarrollo de la presente investigación se utilizarán los siguientes métodos teóricos: sistematización jurídico-doctrinal o dogmático, exegético, jurídico, comparado e impacto de la constitucionalización.

El método dogmático consiste en vincular la teoría conceptual expuesta por diferentes juristas y hacer una síntesis de la doctrina. En el presente caso se aplicará mediante el análisis de doctrina relacionado con la tutela judicial efectiva, tutela cautelar, medidas cautelares y un estudio de la teoría sustantiva sobre los diferentes sistemas procesales cautelares: absolutamente típico, absolutamente atípico y típico moderado o mixto; así como un análisis de la medida cautelar innominada.

El método exegético se refiere a un análisis de lo que la ley expresamente señala sobre el tema de estudio y en este caso se aplicará a través del análisis de los artículos 124-133, ... del Código Orgánico General de Procesos. Mientras tanto, el método jurídico comparado es el estudio del derecho a través de la comparación de las instituciones jurídicas y las reglas son aplicadas en diferentes sistemas jurídicos, identificando sus similitudes y diferencias. Este método se aplicará mediante la comparación de la tutela cautelar y el sistema procesal cautelar que mantienen vigentes Argentina, Bolivia y España.

Finalmente, el método de impacto de la constitucionalización estudia el Derecho mediante la apreciación del grupo de valores generales fundamentales del sistema jurídico, estos son, son los derechos fundamentales. En el presente estudio se realizará un análisis de cómo el actual sistema procesal cautelar contemplado en el Código Orgánico General de Procesos no se encuentra en congruencia con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que no garantiza una eficiente tutela cautelar para proteger los derechos de los ciudadanos ante el peligro en la demora del proceso judicial.

Métodos Empíricos

Según Villabella (2015), los métodos empíricos son aquellos que: “Posibilitan captar aspectos del objeto estudio que se encuentran a un nivel fenoménico y que son cognoscibles sensorialmente; permiten acumular datos e información sobre él. [...] Tienen reconocimiento general los

siguientes métodos [...] 1) Experimento 2) Observación 3) Análisis de contenido” (p. 941). En el presente estudio se realizará un análisis de contenido de libros, revistas jurídicas, tesis de posgrado diferentes autores y sus posturas, para examinar de forma lógica y sistemática sus posturas respecto a las instituciones jurídicas y el fenómeno objeto de estudio de la presente investigación.

Fundamentación de la Premisa

El presente trabajo de investigación pretende, sobre la base de la fundamentación de los presupuestos doctrinales de la tutela cautelar y de los sistemas procesales cautelares, y del análisis del contenido normativo en materia cautelar del Código Orgánico General de Procesos, de la comparación de la tutela cautelar en la legislación procesal ecuatoriana (COGEP) con la legislación procesal civil de Argentina, Bolivia y España; y del análisis constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador; se propone las reformas a los artículos 124-133 del Código Orgánico General de Procesos destinadas a la transición hacia un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto. Esta modificación en la norma se requiere a efectos de reemplazar el sistema cautelar actual del Ecuador que restringe el derecho a una tutela judicial efectiva a la ciudadanía y de esta forma, impedir futuras vulneraciones de los derechos de las partes procesales ante un una tutela cautelar no efectiva y la demora de la sustanciación del proceso judicial en el Ecuador.

Tabla 1.- Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)

Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.

Categoría	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de Análisis
La Tutela Cautelar	Sistemas Procesales Cautelares	Análisis Normativo	Arts. 124-133, ... del Código Orgánico General de Procesos.
		Legislación Comparada	Art. 233 y Capítulo III “Medidas Cautelares” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina; Libro II, Título II del Código Procesal Civil de Bolivia; Capítulo V, Título VI Código Procesal Civil de España.
		Análisis Constitucional	Art. 75 Constitución de la República del Ecuador

Elaborado por María Augusta Vanegas.

Validez de los Instrumentos Utilizados.

Los instrumentos utilizados en esta investigación científica son absolutamente fiables y su autenticidad puede confirmarse mediante la información que consta en los referentes bibliográficos. Estos provienen de fuentes confiables, tales como artículos publicados en reconocidas revistas jurídicas, tesis de posgrado que constan en repositorios de destacadas Universidades, libros de importantes juristas y expertos en el conocimiento de las instituciones jurídicas que se analizan para resolver el problema científico planteado; así como legislación vigente. En consecuencia, estos instrumentos permiten asegurar la certeza y efectividad de los resultados, así como de las conclusiones, obtenidas mediante este estudio. De tal forma que, a su vez permiten acreditar la importancia del fenómeno jurídico planteado y la necesidad de adoptar la propuesta de reforma del sistema procesal cautelar vigente en el Ecuador, modificándolo hacia un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto para proteger los derechos de la sociedad frente a los riesgos de una justicia lenta.

Criterios Éticos de la Investigación.

El presente trabajo se ha realizado con estricta observancia a los principios éticos que rigen a la investigación científica y en búsqueda de contribuir a la resolución del problema científico

planteado, abordándolo con valores de honestidad y justicia, con la finalidad de garantizar el bienestar de la sociedad ecuatoriana mediante la tutela efectiva de sus derechos, la que resulta necesaria frente al peligro en la demora por una justicia lenta característica del Ecuador. Además, esta investigación se realizó mediante la aplicación de una metodología apropiada, asegurando la seriedad de sus resultados para el cumplimiento de los objetivos formulados. De tal suerte que, se ha respetado todas las normas de citación para utilizar la teoría doctrinal y sustantiva, preservando la autenticidad de su contenido y respetando su autoría.

Capítulo V: Resultados

Presentación y Análisis de los Resultados

Análisis Exegético de las providencias preventivas contempladas en el COGEP

El Código Orgánico General de Procesos, vigente desde el 22 de mayo de 2016, es el código que regula en Ecuador la actividad procesal en todas las materias, a excepción de la constitucional, electoral, de extinción de dominio y penal, tal como puede observarse en su Art. 1, que hace referencia a su ámbito de aplicación. Por este motivo, se realizó un análisis de este cuerpo legal para determinar el sistema cautelar procesal vigente en Ecuador.

En primer lugar, es fundamental señalar que las medidas cautelares se encuentran reguladas en el COGEP bajo la denominación de “providencias preventivas”. Al respecto (Priori G. , 2015, págs. 284-285) señala que no es correcto utilizar el término preventivas para hacer referencia a la tutela cautelar, pues Calamdreii ha señalado que la tutela cautelar y la tutela preventiva no deben confundirse, en vista de que responden a diferentes necesidades.

Así pues, la tutela cautelar, como se mencionó anteriormente, busca tutelar la eficacia del derecho que se pretende, frente al peligro de daño jurídico que puede ocasionar la demora del proceso. Mientras tanto, la tutela preventiva responde el peligro de un daño jurídico que podría recaer sobre el derecho en razón de una circunstancia que lo amenaza, de tal suerte que su necesidad surge en virtud del peligro, mas no de un daño jurídico. De tal suerte que, el COGEP erróneamente regula la tutela cautelar, bajo los términos “preventiva”, observándose un problema técnico pero que no torna la norma inconstitucional (Priori G. , 2015).

Con los antecedentes expuestos, puede observarse que las providencias preventivas se encuentran reguladas en el Libro II, Título III “Providencias Preventivas” del COGEP, el cual se encuentra conformado únicamente por 11 artículos. Los diez primeros artículos se refieren a las

providencias cautelares en materia de crédito y se encuentran tipificados a partir del Art. 124 hasta el Art. 133, donde se reconocen cuatro clases de providencias preventivas nominadas que son la prohibición de enajenar bienes inmuebles, el secuestro, la retención y el arraigo. Mientras que, el artículo innumerado siguiente regula las providencias preventivas en materia de propiedad intelectual.

Tipos de Providencias Preventivas en materia de crédito reguladas en el COGEP.

Secuestro

1. Concepto

A través de esta providencia preventiva se pretende despojar de forma temporal y legítima al deudor un bien mueble o inmueble, el cual será entregado a un depositario, quien se encargará de custodiarlo mientras subsista esta medida (Macay, 2019, págs. 16-17). Su objeto será garantizar que el bien permanezca dentro del patrimonio del deudor o resguardar la integridad del bien sobre el que se va a litigar, con sujeción a la finalidad de las medidas cautelares expuesta con anterioridad (Palomeque, 2018, pág. 27).

Según Mario Gordillo, la aplicación del secuestro procede únicamente cuando dicho bien es el objeto de la pretensión de la demanda y por tal motivo, el demandado estaría obligado a entregarlo al acreedor en caso de declararse con lugar su pretensión en la sentencia que ponga fin al proceso, mas no cuando se pretende garantizar una obligación distinta a la entrega del bien mismo (Macay, 2019, págs. 16-17).

2. Finalidad

La finalidad del secuestro es garantizar bienes, generalmente muebles, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, así como asegurar el estado de los bienes sobre los que versa el litigio o sobre los que se litigará. De acuerdo al jurista Chiovenda, el secuestro “Tiene por finalidad conservar aquellas garantías de créditos que pueden más fácilmente desaparecer

como los muebles (comprendiendo las naves) [...]” (Chioventa citado por Palomeque, 1945. pág. 319).

Se puede distinguir su finalidad cautelar en dos formas; estas son la convencional y la judicial, las que pretenden la sustracción de la facultad de disposición de una o de ambas partes sobre el bien en conflicto. En el primer caso, se produce como consecuencia de la voluntad de las partes, mientras que en el segundo obedece a un mandato del órgano judicial competente (Macay, 2019, pág. 17).

3. Bienes sobre los que recae

La medida de secuestro podrá recaer sobre bienes muebles o inmuebles sobre los que se litiga o sobre los que litigará en un futuro, tal como se encuentra previsto en el Art. 124 del COGEP. El Art. 129 de este mismo cuerpo legal es claro en señalar que puede ordenarse el secuestro de los bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. Cabe recordar que, el Art. 660 del Código Civil ecuatoriano define a los frutos naturales como aquellos que provee la naturaleza con o sin ayuda de la industria humana, mientras que el Art. 663 *ibídem* conceptualiza a los frutos civiles como todo precio, pensión o canon de arrendamiento, así como los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

El mismo artículo 129 del COGEP permite observar la procedencia de dictar una medida de secuestro sobre un inmueble, pues señala que cuando la medida recaiga sobre bienes inmuebles se deberá inscribir en el Registro de la Propiedad del cantón donde está ubicado el bien, y mientras subsista la inscripción de este gravamen, no podrá inscribirse otro, salvo la venta de remate forzoso. De igual manera, el Art. 2160 del Código Civil ecuatoriano señala las facultades y deberes del secuestro de un bien inmueble, que son las mismas que el del mandatario y tendrá la obligación de rendir cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.

4. Requisitos de procedencia

La solicitud del secuestro deberá realizarse por el interesado ante el juzgador de primera instancia. En el Art. 125 del COGEP se encuentran previstos los requisitos necesarios que deberán concurrir para que el órgano jurisdiccional pueda ordenar el secuestro y estos son; en primer lugar que se pruebe la existencia del crédito y en segundo lugar, que se acredite que los bienes del deudor se hallan en un estado que no basten para saldar la obligación o que estos pueden ser ocultados, enajenados o desvanecidos por el deudor.

Del análisis de ambos requisitos de procedencia del secuestro puede concluirse que los mismos guardan relación con los presupuestos de las medidas cautelares estudiados previamente dentro de este trabajo de investigación. El primer requisito responde al presupuesto de verosimilitud del derecho, pues al probar la existencia del crédito se está acreditando el fundamento de la pretensión y la probabilidad de que la misma sea declarada con lugar por el juez. Mientras tanto, el segundo requisito corresponde al presupuesto del peligro en la demora, pues hasta que se resuelva el proceso principal el deudor podría deshacerse de sus bienes, de modo que la sentencia definitiva sería inejecutable. Así pues, una vez que el interesado demuestre ambos requisitos, el juzgador podrá valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida de secuestro para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Retención

1. Concepto

En el Art. 130 del COGEP se encuentra contemplada la providencia preventiva de retención, donde se regula que esta se ejecutará sobre los créditos, bienes o rentas que tenga el deudor en poder de un tercero. De tal forma que, una vez ordenada la misma se notificará a dicho tercero, quien a partir de aquel momento deberá retener en su poder dicho crédito, bien o renta; y no podrá entregarlo de vuelta al deudor ni a ninguna otra persona, sin contar con una orden judicial previa.

2. Finalidad

La finalidad de la retención es, a través de una orden judicial, impedir la libre disposición de las rentas, créditos o bienes de los que el deudor es titular y que tenga en manos de un tercero, esto es, en su administración, custodia o poder; de forma que no los podrá entregar a su titular hasta que exista una orden judicial que disponga lo contrario o también podría darse el caso de que eventualmente el órgano jurisdiccional dicte orden de embargo sobre el derecho o bien retenido durante la fase de ejecución, de modo que el tercero no podrá restituirlos jamás al titular. De esta manera se preserva el estado de aquellos derechos y bienes, así como su permanencia dentro del patrimonio del deudor, para garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor. En la práctica se utiliza con mayor frecuencia para evitar la libre disposición del dinero de los deudores que mantienen en instituciones bancarias.

3. Bienes sobre los que recae

Como se mencionó anteriormente, en el Art. 130 del COGEP se establece que esta medida podrá recaer sobre los créditos, bienes o rentas de titularidad del deudor y que estén en poder de un tercero. Existen autores que consideran que la retención sobre rentas o créditos del deudor podría implicar una suspensión del pago que se le debe hasta que cumpla su obligación, misma que dio lugar a esta providencia preventiva (Palomeque, 2018). De acuerdo al Art. 124 del COGEP podrá solicitarse la retención sobre el objeto que se litiga o se litigará, así como de los bienes que garanticen el crédito.

4. Requisitos de procedencia

Los requisitos de procedencia del secuestro previstos en el Art. 125 del COGEP, son los mismos previstos en este cuerpo legal para la retención y la solicitud también deberá realizarse ante el juez de primera instancia. Una vez que el juez verifica estos requisitos, emitirá la orden de retención, la cual podrá ser impugnada por el perjudicado en el término de tres días. Además,

(Palomeque, 2018) agrega que en vista de que para la poder ejecutar la retención se requiere realizar una notificación a un tercero, se ha omitido contemplar entre los requisitos la identificación e individualización de quien tienen en su poder los bienes, rentas o créditos del deudor. En otras palabras, para realizar dicha notificación en la práctica, se deberá señalar los datos del tercero y el lugar donde se lo podrá notificar.

Prohibición de enajenar los bienes inmuebles

1. Concepto

La prohibición de enajenar los bienes inmuebles del deudor, de conformidad al Art. 126 del COGEP, procede a petición del acreedor y únicamente en los casos que la ley lo permite. Para el efecto, se deberá notificar al registrador de la propiedad del cantón donde se encuentre el bien inmueble, quien deberá inscribir la providencia preventiva dictada por el juzgador, sin cobrar ningún valor por ello. Así, durante el tiempo que persista la referida inscripción, el deudor no podrá enajenar ni hipotecar sus inmuebles sobre los que pesa esta medida, ni tampoco imponer ningún otro gravamen sobre ellos.

2. Finalidad

Esta providencia preventiva tiene una doble finalidad. Pretende asegurar que en el patrimonio del deudor permanezca los medios necesarios para cumplir el pago de su deuda. Por el otro, tiene un fin publicitario, que consiste en que toda persona conozca el estado en que se hallan los bienes del deudor sobre los que se dictó la medida.

3. Bienes sobre los que recae

La prohibición de enajenar recaerá exclusivamente sobre bienes inmuebles que posibiliten el cumplimiento de la obligación del deudor. Al respecto Palomeque (2018) manifiesta que con sujeción al Art. 126 del COGEP se puede analizar que esta medida sólo recaerá sobre bienes inmuebles que no son objeto de litigio, de modo que únicamente satisface una de las dos

finalidades de las medidas cautelares, que es la de garantizar que el deudor tenga suficientes bienes para cubrir su deuda, mientras no se cumple la finalidad de garantizar el estado de los bienes materia de litigio. Esta prohibición recaerá sobre uno o varios bienes individualizados, determinados y concretos.

4. Requisitos de Procedencia

Para la procedencia de esta medida, de conformidad al último inciso del Art. 126 del COGEP, bastará que el interesado presente junto a su petición, la prueba del crédito y de que si el deudor realizaría la enajenación del bien inmueble, no le quedarían otros bienes saneados y suficientes para cubrir su deuda. El cumplimiento del primer requisito permitirá demostrar el fundamento de la pretensión y el derecho aparente, es decir, la verosimilitud del derecho. En cambio, el segundo requisito acreditará que existe peligro en la demora, de modo que la medida deberá dictarse con urgencia para evitar que el deudor enajene o grave sus bienes, quedándose sin suficientes bienes en su patrimonio para cumplir su obligación. De acuerdo a Palomeque (2018), el último requisito que deberá tomarse en consideración para determinar la procedencia de esta providencia preventiva, es demostrar la titularidad del deudor respecto cada bien sobre los que se requiere imponer esta medida, el cual no se encuentra contemplado en la norma pero obedeciendo a factores lógicos y prácticos resulta evidente su obligatoriedad.

Arraigo

1. Concepto

En el Art. 131 del COGEP se establece que cuando el acreedor tenga temor de que el deudor se ausente para evadir el pago de su deuda, podrá requerir el arraigo siempre que acredite la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene suficientes bienes inmuebles en el Ecuador para cubrir su obligación. De acuerdo a Macay (2019) cuando la norma se refiere a que el deudor se ausente implica que se desaparezca sin delegar un apoderado con las facultades

necesarias para la comparecencia y sustanciación del proceso seguido en su contra. Esta medida se materializa con la comunicación realizada por el juzgador a la Autoridad de Migración y a la Policía Nacional para evitar la huida del demandado.

A diferencia de las providencias preventivas analizadas previamente, el arraigo se trata de una medida cautelar de carácter personal, pues recae directamente sobre una persona física. Cabe recalcar que en Ecuador desde hace varios años se eliminó la privación de libertad por deudas, a excepción del caso de las pensiones alimenticias, sin embargo en este escenario debido a que los extranjeros podrían con facilidad abandonar el país para eludir su obligación, es que de manera excepcional se mantiene vigente esta providencia preventiva que implica la restricción de la libertad de movilidad de los deudores extranjeros, con el objeto de garantizar el resultado judicial (Palomeque, 2018).

2. Finalidad

La finalidad del arraigo es la prevención adoptada por parte del juzgador para evitar que el deudor extranjero opte por desaparecerse o abandone el territorio ecuatoriano y de este modo, eludir el cumplimiento de su obligación, cuya existencia se determinará en el proceso principal. Lo anterior, en vista de que si el deudor logra abandonar el país sería extremadamente complicado para el acreedor lograr la ejecución efectiva de la sentencia definitiva u otro título de ejecución a su favor.

3. Objeto sobre el que recae

De acuerdo al Art. 131 del COGEP la providencia preventiva del arraigo podrá recaer exclusivamente sobre las personas de nacionalidad extranjera, siempre que no sean titulares de bienes inmuebles ubicados dentro de territorio ecuatoriano que resulten suficientes para cubrir el monto de su obligación pendiente con al acreedor.

4. Requisitos de Procedencia

Además de los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares analizados previamente dentro del presente trabajo de investigación, en el caso específico de la medida de arraigo deberá demostrarse por el interesado tres requisitos. El primero es la existencia del crédito y de conformidad con el presupuesto de verosimilitud en el derecho bastará con demostrar la existencia de una obligación presunta. En segundo lugar, se deberá demostrar que el deudor no tiene suficientes bienes raíces en el Ecuador para cumplir su obligación, mismo que se encuentra íntimamente ligado con el presupuesto de peligro en la demora pues vuelve la medida necesaria y urgente para evitar el deudor se fugue del país y eluda el pago de su obligación. Finalmente, deberá acreditar que el deudor es extranjero.

Del análisis efectuado por Palomeque (2018) y del estudio del COGEP se desprende que existe un vacío legal en la norma procesal respecto a la forma de practicar el arraigo, a diferencia del derogado Código de Procedimiento Civil donde se establecía cómo debía procederse luego de acreditarse los requisitos del arraigo, de acuerdo al cual el juez debía ordenar que se conmine al deudor a no abandonar el país hasta que concluya el proceso y de ser el caso, hasta que cumpla su obligación con el deudor, salvo que proporcione las garantías suficientes que permitirán verificar que cumplirá lo que se ordene en la sentencia definitiva. De la misma manera, el COGEP nada menciona sobre que sucede si se incumple la medida de arraigo por el deudor, mientras que el Código de Procedimiento Civil establecía expresamente que ante este escenario el juez podía ordenar la aprehensión del deudor para que se lo ponga a sus órdenes.

Procedimiento, Interrupción, Apelación y Caducidad de las Providencias Preventivas en materia de crédito reguladas en el COGEP

Las normas procesales que deberá observar el juzgador al momento de dictar y ejecutar una de las providencias preventivas analizadas; es decir, el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar bienes inmuebles y el arraigo, son los artículos 127, 128, 132 y 133 del COGEP. El

primero de estos artículos regula el procedimiento y dispone que una vez presentada la petición de providencia preventiva por la parte interesada, la cual deberá sujetarse a los requisitos de la demanda previstos en el Art. 142 *ibídem*, el juez deberá convocar a audiencia dentro del término de 48 horas, en la cual resolverá esta solicitud analizando si se cumplen los requisitos generales de las medidas cautelares y los específicos de cada medida analizados en los apartados anteriores de este trabajo de investigación.

Al respecto, Palomeque (2018) analiza que la citada norma no prevé que el demandado deberá estar presente en la audiencia en la que se resolverá si se concede la providencia preventiva, de tal forma que se afecta su derecho constitucional a la defensa. Parte de la doctrina defiende la sustanciación de las medidas cautelares sin contar con la presencia del demandado. Aquello se debe a lógicos motivos prácticos, pues si se cita al deudor para que comparezca al procedimiento, él podría anticipar ciertas acciones destinadas a tornar de imposible cumplimiento la ejecución de las providencias cautelares. Por ejemplo, si se convoca al deudor para que comparezca a la audiencia donde se evaluará una medida de retención de su dinero en una cuenta bancaria, este podría adelantarse y retirar el dinero de su cuenta para evitar que sea retenido por orden judicial, perjudicándose la efectividad de la tutela cautelar.

Además, Palomeque (2018) considera que el procedimiento determinado en el Art. 902 del Código de Procedimiento Civil era más lógico, pues en un inicio el Juez disponía provisionalmente la medida cautelar y posteriormente aperturaba un término de prueba de tres días, después del cual dictaba su resolución. De esta manera se garantizaba que se cuente con la contradicción del demandado para que haga ejercicio de su derecho a la defensa, pero a la vez se impedía que este trate de impedir la ejecución de la medida cautelar.

En caso de que el juzgador dicte la providencia preventiva, el deudor tendrá la posibilidad de interrumpir la medida asegurando con caución suficiente de acuerdo a lo establecido en el Art.

128 del COGEP, lo cual resulta lógico pues la garantía otorgada por el deudor permitiría suplir la necesidad de la medida cautelar, ya aseguraría que existan fondos que permitan cubrir la deuda y eliminaría los efectos del peligro en la demora del proceso. Del análisis efectuado se desprende que el COGEP no especifica el momento procesal adecuado en el cual el demandado podrá cancelar la caución, puesto que dicha norma no determina que el deudor deberá comparecer al proceso al momento de evaluarse la petición de la medida.

Para calcular cuánto sería una caución suficiente, de acuerdo al contenido textual del Art. 128 del COGEP, se puede comprender que esto queda a discreción del órgano jurisdiccional y no existe un parámetro objetivo para su fijación. Por el contrario, el Art. 425 del Código de Procedimiento Civil sí establecía el valor de la caución para interrumpir la providencia preventiva en los juicios ejecutivos, esto era el valor total adeudado, más el interés, costas y más el 10%; posibilidad que en la práctica se usaba igualmente en el resto de procedimientos diferentes al ejecutivo (Palomeque, 2018). Ante la falta de criterios objetivos en el COGEP, de acuerdo a la lógica debería observarse que la garantía sea proporcional a la pretensión del peticionario que se pretende resguardar del daño que podría generarle la demora del proceso.

En contra de la resolución del juez que otorga la providencia preventiva requerida, podrá interponerse el recurso de apelación solamente sin efecto suspensivo, de conformidad al Art. 132 del COGEP. Cabe recalcar que el efecto no suspensivo de acuerdo al Art. 261,1 del mismo cuerpo legal, es aquel en donde debe cumplirse lo dispuesto por el juzgador en la resolución impugnada, mientras en tribunal de apelación conoce y resuelve el recurso. En otros términos, se deberá ejecutar la medida cautelar mientras el Tribunal de Apelación conoce y sustancia el recurso de apelación, y únicamente en caso de que este resuelva revocarla es que se levantará la medida.

Finalmente, el Art. 133 del COGEP prescribe la caducidad de las providencias preventivas, la que opera cuando estas han sido solicitadas previo a presentar la demanda principal y el juez las concede, pero transcurren 15 días término sin que se presente la demanda en lo principal o desde la exigibilidad la obligación. Si ocurre la caducidad de la providencia preventiva, el solicitante deberá cancelar el valor correspondiente en virtud de los daños y perjuicios generados a la contraparte.

Tipos de Providencias Preventivas en materia de propiedad intelectual reguladas en el COGEP

El artículo innumerado del COGEP, tipificado luego del Art. 133 de este cuerpo normativo, se refiere a las providencias preventivas en materia de propiedad intelectual, cuyo objeto es impedir que se genere o que persista una infracción sobre los derechos de propiedad intelectual, imposibilitar que las mercancías nacionales o importadas ingresen en el comercio, así como para conservar las pruebas vinculadas a la infracción. Será procedente que el juez competente de lo civil ordene estas providencias preventivas, a petición de parte, siempre que exista un informe favorable anteriormente emitido por la Autoridad competente en materia de propiedad intelectual, es decir, la Autoridad de Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI). La demanda principal referente a acciones de esta naturaleza, será presentada ante el juzgador civil competente a través del procedimiento sumario, de acuerdo a las reglas de esta clase de procedimiento previstas en el COGEP.

Al respecto de lo expuesto, Cuadros (2017) realiza un análisis del alcance del término “informe favorable” y concluye que este no debería instrumentarse a través de una decisión de tutela administrativa, debido a que aquello implicaría afectar la autonomía e independencia de la función judicial, pues la resolución administrativa se tornaría condicionante para el juzgador. De la lectura del Art. 548 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos,

Creatividad e Innovación (En adelante Código de Ingenios) se desprende que el órgano judicial requerirá a la autoridad competente en materia de derechos intelectuales la información pertinente que permita determinar la existencia, el reconocimiento nacional o la validez de los derechos de propiedad intelectual del actor o demandado para generar su criterio al momento de emitir una providencia preventiva o emitir una sentencia.

De forma que deberá entenderse el artículo innumerado analizado del COGEP con sujeción al Art. 548 del Código de Ingenios para llegar a la conclusión de que el informe favorable no es una resolución definitiva, sino una información referente a la existencia, validez y reconocimiento nacional del derecho intelectual, el cual permitiría cumplir con el requisito de procedencia de las medidas cautelares de apariencia de un buen derecho. (Cuadros, 2017)

Las providencias preventivas en materia de propiedad intelectual, se encuentran enumeradas taxativamente en el artículo innumerado del COGEP y son las siguientes:

a) Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción, que comprenderá:

1. La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas;
2. La clausura provisional del local o establecimiento, que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor;
3. El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y su depósito judicial.

b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución, según proceda; y,

c) El secuestro o la retención; el mismo que podrá ordenarse sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y

sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación. (Código Orgánico General de Procesos [COGEP], 2015)

Análisis Exegético del Sistema Cautelar adoptado en el COGEP

Una vez realizado un exhaustivo estudio de todos los artículos regulados en el Libro II, Título III “Providencias Preventivas” del COGEP, se concluye que tanto en materia de crédito como en materia de propiedad intelectual se encuentran determinadas taxativamente las providencias preventivas que el juzgador podrá dictar cuando se cumplan los presupuestos de las medidas cautelares de peligro en la demora y verosimilitud del derecho, así como los requisitos específicos de procedencia de cada medida.

Por consiguiente, en materia de crédito, el juzgador únicamente podrá dictar las providencias preventivas de secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes inmuebles y arraigo; mientras que en materia de propiedad intelectual este podrá dictar el cese inmediato de la actividad de presunta infracción sobre los derechos de propiedad intelectual, la clausura provisional del local o establecimiento presuntamente infractor y el retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores, así como su depósito judicial.

De tal forma que, el COGEP solamente regula medidas cautelares nominadas, es decir tal como se estudió anteriormente en este trabajo de investigación, que estas se encuentran expresa y taxativamente reguladas en la norma. Por lo tanto, el régimen cautelar procesal adoptado en el COGEP es el sistema absolutamente típico, debido a que existe un procedimiento cautelar único determinado en el COGEP que deberá seguir el Juez al momento de dictar una providencia preventiva, así normas que deberá observar, las que delimitan el contenido de las medidas cautelares, les asignan una denominación y establecen el contenido que pretenden tutelar.

En consecuencia, se puede observar que el legislador al momento de crear las leyes en materia procesal, únicamente contempló la tutela cautelar respecto a materia de crédito y de propiedad

intelectual, dejando por fuera de la esfera de la protección de este tipo de tutela una numerosa cantidad de derechos, los que se hallan expuestos frente al peligro de la larga demora que tardan en tramitarse los procesos judiciales en el Ecuador.

En otros términos, en el Ecuador al no existir regulada la posibilidad de que los jueces dicten medidas cautelares innominadas, estos únicamente podrán ordenar las providencias preventivas específicamente contempladas en el COGEP y en cuanto a todos los otros casos que requieran de una tutela cautelar diferente, pese a que se reúnan los presupuestos necesarios para la procedencia de las medidas cautelares, el juzgador no les podrá ofrecer esta protección y por ende, tampoco les podrá brindar una verdadera tutela judicial efectiva, pues no podrá dictar las medidas aplicables a los diferentes escenarios que podrían acontecer o en ciertos casos, no podrá dictar la medida más idónea en virtud de las circunstancias particulares del caso concreto.

Análisis Jurídico-comparado del Sistema Cautelar adoptado en Argentina, Bolivia y España

Del exhaustivo análisis realizado de los diferentes Códigos Procesales de Argentina, Bolivia y España se pudieron encontrar similitudes respecto al sistema cautelar adoptado por estos países, a diferencia del régimen procesal cautelar contemplado en el COGEP, los que serán expuestos a continuación.

Argentina

Aspectos procesales de las medidas cautelares en el CPCCN. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (En adelante, CPCCN) es el cuerpo legal que regula las normas procesales aplicables a la materia civil y comercial en Argentina, mismo que entro en vigencia con fecha 01 de febrero de 1968. En la parte general, libro primero “Disposiciones Generales”, Título IV “Contingencias Generales”, Capítulo III “Medidas Cautelares” del referido

ordenamiento jurídico, se regulan las medidas cautelares o también denominadas medidas precautorias.

Los aspectos procesales principales respecto a las providencias cautelares regulados en este cuerpo legal son; que estas pueden ser requeridas antes o después de presentada la demanda, salvo en los casos en que la ley exija que la solicitud se realice de forma previa. La petición deberá ser escrita y expresando el derecho que se pretende resguardar, la especificación de la medida solicitada y el fundamento de derecho en la que se basa. Adicional deberán cumplirse los requisitos de ley generales de las medidas cautelares y los específicos de dicha medida. Estas medidas tendrán el carácter de provisionales, pues solamente subsistirán en cuanto se mantengan las circunstancias que las motivaron, de tal suerte que a partir de que estas se desvanezcan, el afectado podrá requerir en cualquier momento su levantamiento.

Los juzgadores deberán abstenerse de dictar medidas cautelares cuando no sea competentes para conocer el proceso. Sin embargo, en caso de haber sido ordenada una providencia cautelar por un juez incompetente, esta será válida para todo efecto legal siempre que al dictarlas se hayan observado las disposiciones previstas en el Capítulo III “Medidas Cautelares” del CPCCN , sin que aquello ocasione en la prorrogación de su competencia, debiendo este por el contrario remitir todas las actuaciones realizadas en la causa al operador de justicia competente, en cuanto haya sido requerido.

La información sumaria que el solicitante de la medida cautelar deberá remitir al juez para acreditar la apariencia del buen derecho y demás requisitos específicos de la medida, podrá ser acompañada al escrito donde solicite el interrogatorio y declaración de los testigos con sujeción al Art. 440 del CPCCN, como un trámite previo sustanciado mediante un expediente aparte, la que deberá ser debidamente suscrita por los mismos y estos además deberán ratificarse en el acta o en la primera audiencia. En caso de tratarse de un procedimiento distinto, las declaraciones

deberán ser admitidas sin mayor trámite, estando facultado el juez de encargarlas al secretario. Todas estas actuaciones serán de carácter reservado hasta la ejecución de las medidas cautelares. Una similitud entre el proceso cautelar regulado en el Código Procesal de Ecuador y Argentina, es que en ambas las medidas cautelares serán dictadas y cumplidas sin necesidad de una audiencia donde se cuente con la presencia de la contraparte. En el CPCCN se regula expresamente que ningún incidente formulado por el demandado podrá impedir el cumplimiento de la medida cautelar. Además, en caso de que el destinatario de la providencia cautelar no hubiese tenido conocimiento de estas, en razón de su ejecución, deberá ser notificado dentro de los tres días siguientes.

Mientras en Ecuador las providencias preventivas únicamente pueden ser recurridas mediante apelación en efecto no suspensivo, de acuerdo al Art. 132 del COGEP; en Argentina, de conformidad al Art. 198 del CPCCN, las providencias que otorguen o nieguen las medidas cautelares serán recurridas ya sea mediante vía del recurso de reposición o vía recurso apelación, el cual en caso de haberse admitido la medida podrá concederse solamente con efecto devolutivo. El recurso de reposición procede exclusivamente contra las providencias simples, cuya finalidad es que el mismo juez que la decretó, las revoque mediante resolución. Por otro lado, la apelación es el recurso mediante el cual se pretende que el Tribunal Superior sea quien modifique la resolución adoptada por el juez de primera instancia. Cabe recalcar, que el efecto devolutivo contemplado en el CPCCN equivale al efecto no suspensivo previsto en el COGEP, es decir en ambos casos no se suspende la ejecución de la medida cautelar mientras se sustancia el recurso de apelación.

Un elemento sumamente importante regulado en el CPCCN es la contracautela que deberá prestar el solicitante de la medida cautelar, en vista de que el beneficiario de la medida será responsable por los daños que esta ocasione al afectado durante la demora del proceso. Al respecto, la norma

regula que la providencia cautelar solamente podrá dictarse bajo entera responsabilidad del solicitante, quien deberá rendir una caución por concepto de costas, daños y perjuicios que podrían ocasionarse en el escenario de que el juzgador disponga el levantamiento de la medida, cuando se demuestre que el solicitante abuso del derecho para obtenerla. En tal caso, el juez deberá condenarlo mediante resolución al pago de estos rubros.

El monto exacto de la condena será determinado a través del trámite de los incidentes o por juicio sumario, de conformidad a las particularidades de cada caso y bajo discreción del juez, cuya decisión en este aspecto no será susceptible de ningún recurso. Mientras tanto, para la determinación del valor de la caución que deberá prestar el solicitante de la medida cautelar, el juez deberá observar el grado de la verosimilitud del derecho y las particularidades del caso concreto. Como medio de caución será aceptable la garantía de instituciones bancarias o de personas con responsabilidad económica debidamente demostrada. A la Nación y sus organismos no les será exigible el pago de la contra cautela.

En cualquier estado de la causa, el afectado por la medida cautelar ejecutada en su contra, podrá requerir al juez que sea mejorada la caución rendida por el solicitante como contra cautela, acreditando sumariamente que esta es insuficiente y el juez deberá emitir resolución, debiendo antes correr traslado a la contraparte. Así también, el peticionario de la medida podrá requerir la ampliación, sustitución o mejora de la medida dictada cuando logre justificar su ineficiencia para su función de aseguramiento del derecho; y a su vez, el demandado podrá solicitar que se sustituya la medida por una que le resulte menos lesiva, lo que únicamente procederá si se logra demostrar que la nueva medida es apta para garantizar eficientemente el derecho del actor. De igual forma, podrá requerir la sustitución por otros bienes de igual valor. En estos casos, el juez deberá dictar resolución, previo a correr traslado a la contraparte por el plazo de cinco días.

El CPCCN en atención a circunstancias relevantes que podrían ocurrir en la práctica y con el objeto de mantener la eficacia de la medida cautelar dictada, así como para reducir el grado de afectación al destinatario de estas medidas regula las siguientes normas procesales favorables. En primer lugar, se otorga la facultad al juzgador de dictar una medida cautelar diferente a la requerida, con el objeto de impedir un perjuicio innecesario al titular de los bienes, o de ser el caso también podrá limitar su alcance, siempre considerando el derecho que se procura proteger. También regula que en caso de desvalorización de los bienes afectados por la providencia cautelar decretada o si su conservación fuese difícil o gravosa, podrá a petición de parte y previo traslado a la contraparte, ordenar la venta del objeto en los términos más convenientes. Por otro lado, si la medida recae sobre bienes muebles, mercancías o materias primas, cuyos titulares son establecimientos, el juzgador estará facultado a ordenar todo acto necesario para evitar perjudicar su proceso de comercialización o fabricación.

Finalmente, el CPCCN entre sus aspectos procesales generales regula la caducidad de las medidas cautelares dictadas antes del proceso, la que operará de pleno derecho una vez transcurrido 10 días desde su ejecución, si versando sobre una obligación exigible no se haya presentado la demanda o no se haya iniciado el proceso de mediación prejudicial obligatorio. En el segundo escenario, el plazo se reinicia una vez transcurridos 20 días desde la fecha en que el mediador expida el acta debidamente suscrita, donde constante que no se llegó a un acuerdo o no se pudo celebrar la mediación. En caso de caducidad, el solicitante deberá cubrir las costas y todos los daños ocasionados.

Además, no podrá solicitar nuevamente la misma medida por idéntica causa y previo al inicio del proceso principal. Una vez iniciado el proceso judicial, podrá volver a requerir dicha medida si se cumplen los requisitos necesarios para su procedencia. Por otra parte, las inhibiciones y embargos se extinguen a los cinco años desde su anotación en el registro correspondiente, a

menos que exista petición de parte de su reinscripción previo al vencimiento del plazo, en virtud de orden judicial. En el COGEP también quedará obligado el solicitante a pagar los daños y perjuicios cuando opere la caducidad.

Medidas Cautelares contempladas en el CPCCN. En cuanto a las medidas cautelares nominadas contempladas en el CPCCN, del análisis realizado se han identificado siete diferentes clases de medidas reales que son; el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de Litis, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.

En breve, el embargo preventivo es aquel que afecta la disponibilidad material del bien, con la finalidad de evitar que el deudor la destruya o la desaparezca, de modo que este no es privado del bien, sino que es prohibido de enajenarlo. En el CPCCN se especifica que este procede en materia de crédito cuando se cumplan los requisitos de ley, a petición del acreedor, así como; a petición del coheredero, condómino o el socio sobre bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, respectivamente; del propietario arrendatario o arrendatario principal de un predio sobre las cosas afectadas a los privilegios previstos en la ley; de quien tiene privilegio por ley sobre bienes muebles o inmuebles; y de quien demandará la petición de herencia, simulación, acción reivindicatoria o la nulidad del testamento, sobre la cosa demandada, mientras se sustancie el juicio. De igual manera, podrá solicitar esta medida cautelar quien demandare que se cumpla un contrato de compraventa; quien obtenga sentencia a su favor, aunque la misma haya sido recurrida; y en los demás casos determinados en la ley siempre que se cumplan los presupuestos generales de las medidas cautelares analizados previamente en este trabajo de investigación.

En caso de que deba efectuarse el embargo ejecutivo, se realiza de la manera regulada para el juicio ejecutivo, exclusivamente sobre los bienes necesarios para cubrir el valor reclamados y las costas. Mientras no se ordene el secuestro o la administración judicial del bien embargado, el

titular podrá continuar con el uso común de la cosa. Para hacer efectivo el embargo preventivo, el juez dictará un mandamiento a través del cual autorizará a los funcionarios designados para ejecutarlo, que puedan requerir el auxilio de la fuerza pública y realizar el allanamiento del domicilio si existe resistencia. Además, el mandamiento contendrá la prevención de que el embargado no podrá realizar ningún acto sobre el bien, que pudiera disminuir la garantía del crédito, bajo prevención de las sanciones penales correspondientes.

El secuestro recaerá sobre bienes muebles o semovientes objetos de litigio, cuando el embargo no sea efectivo para garantizar el derecho invocado y también, cuando dicha medida sea necesaria para resguardar el estado de las cosas para asegurar el resultado de la sentencia. A diferencia del COGEP, los bienes inmuebles no podrán ser objeto de esta medida cautelar en Argentina. Esta medida consiste en la sustracción del uso y disposición de la cosa sobre la que se litigará. Por otro lado, el CPCCN regula medidas cautelares de intervención judicial tales como el interventor recaudador y el interventor informante.

El primero es designado por el juez, a petición del acreedor, cuando la medida cautelar deba recaer sobre un bien que genere rentas o frutos, de tal suerte que su encargo será en específico recaudar la parte embargada, sin ningún otorgársele la facultad de administración del bien.

Mientras tanto, el segundo se designa de oficio o bajo pedido de parte, con la finalidad de que informe el estado del bien objeto de litigio en la frecuencia dispuesta por el juez mediante providencia. Para el desarrollo de las funciones del interventor deberán observarse las disposiciones, deberes y honorarios previstos en los Arts. 225-227 del CPCCN.

En cuanto a la medida de inhibición general de los bienes es fundamental mencionar que esta procede cuando no se puede efectivizar el embargo de los bienes del deudor o cuando son insuficientes para cubrir la deuda, de modo que podrá requerirse al juzgador que se le impida de manera general al deudor vender o gravar sus bienes, y esta únicamente se dejará sin efecto

cuando se presente caución suficiente o embargo de bienes suficientes. Para aquello, será necesario individualizar al destinatario de la medida expresando su nombre, apellido, domicilio y todo dato adicional requerido por ley. Cabe destacar que esta medida cautelar surtirá efecto a partir de la fecha de su anotación y no tendrá preferencia sobre las demás anotaciones realizadas de forma ulterior.

La medida de anotación de litis procederá cuando la pretensión del peticionario pudiese repercutir en la reforma de una inscripción en el registro correspondiente y cuando se trate de un derecho verosímil. En consecuencia, si la demanda se declara sin lugar la medida será extinguida al momento de terminarse el proceso; y por el contrario, si la demanda es admitida, la medida continuará vigente hasta el cumplimiento de la sentencia definitiva. Se distingue del embargo preventivo, en cuanto esta pretende la publicidad del litigio.

La medida de prohibición de innovar podrá ser dictada en todo tipo de juicio cuando se cumplan los presupuestos generales de las medidas cautelares y en concreto, el peligro en la demora se basará en que al mantener o alterar una circunstancia de hecho o de derecho, se podría afectar el resultado de una sentencia o tornarla inoperante. Esta medida procura mantener la inalterabilidad del estado de la cosa existentes al momento de decretar la medida, hasta que se dicte la resolución del juzgador. Es primordial recalcar, que esta medida solamente será procedente mientras no exista otro instrumento cautelar capaz de asegurar el derecho invocado.

Finalmente, la medida cautelar de prohibición de contratar es aquella que el juez decreta en virtud de la ley, de un contrato o con el objeto de asegurar la ejecución forzosa de los bienes objetos de litigio, y el impedimento recaerá sobre ciertos bienes que deberán ser especificados, ordenando su inscripción en los registros correspondientes, así como la notificación a los interesados y terceros señalados por el peticionario. Constituye una especie dentro del género de prohibición de innovar y deberá individualizarse que actos no se pueden realizar.

Tal como puede observarse del análisis efectuado, el CPCCN posee varias medidas cautelares que resguardan numerosas diferentes situaciones de hecho que podrían acontecer en el campo de la realidad, protegiendo un espectro de derechos mucho más amplio que el COGEP, pues no sólo se limitan a la protección de los acreedores en materia de crédito y a los afectados en materia de propiedad intelectual, sino también proceden en todo otro caso en que estas medidas nominadas se adecuen e inclusive respecto a la medida de embargo preventivo se menciona varios interesados que podrían solicitar dicha cautela tales como el coheredero, condómino, socio, arrendatario y demás especificados anteriormente.

Además, esta amplia protección de derechos se evidencia más aún cuando en el Art. 232 del CPCCN se regula la medida cautelar genérica, en los términos que transcribo a continuación:

Art. 232. - Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. (1968).

Tal como puede observarse, este articulado mediante ley se otorga una carta abierta al juzgador para que además de las medidas nominadas analizadas, este pueda dictar las medidas cautelares innominadas más convenientes a cada caso, de acuerdo a su criterio, para lograr asegurar el cumplimiento de la sentencia que será dictada en un futuro, siempre que concurren los presupuestos de las medidas cautelares.

En consecuencia, se puede concluir que el régimen procesal cautelar adoptado en el CPCCN de Argentina es un sistema cautelar típico moderado o mixto, que incluye tanto la regulación taxativa de medidas cautelares nominadas, como la regulación de un poder general de cautela a

favor del juzgador para que cuando lo estime necesario, dicte la medida cautelar innominada que resulte más conveniente para proteger el derecho invocado por el solicitante de la medida.

Bolivia

Aspectos procesales de las medidas cautelares en el CPC. El Código de Procedimiento Civil (CPC) de Bolivia, vigente desde el 06 de agosto de 2014, regula las diferentes clases de procesos y en su Título II “Proceso Cautelar” de su Libro II “DESARROLLO DE LOS PROCESOS” prescribe las medidas cautelares, las que serán dictadas solamente a petición de parte antes de la presentación de la demanda o mientras se tramita el proceso. En el primer escenario, será competente para dictar la medida el juez al que le corresponda conocer la demanda principal; y esta caducará a los treinta días siguientes a su ejecución, si es que hasta ese entonces no se ha presentado la demanda principal, lo que traerá como consecuencia que el juzgador disponga el levantamiento de la medida y condene por los daños, perjuicios y costas al peticionario, al igual que en el COGEP de Ecuador y en el CPC de Bolivia.

Además, al igual que en el CPCCN de Argentina, en el CPC de Bolivia se regula expresamente que las medidas cautelares serán otorgadas bajo la responsabilidad del solicitante, al menos que la ley regule lo opuesto. En consecuencia, en este ordenamiento jurídico también se contempla la figura de la contra-cautela, pero la regla general es que las medidas se ordenen sin necesidad de ninguna caución y debiendo el juzgador fundamentar su decisión observando que exista la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, así como analizando la posibilidad jurídica y proporcionalidad del instrumento cautelar que dictará. Ahora bien, en caso de la medida de intervención judicial y demás casos expresamente señalados en la ley, si será requerida la contra-cautela al peticionario de la medida.

Los requisitos previstos en el CPC para la procedencia de la providencia cautelar son; en primer lugar, el fundamento de hecho de la medida, y en segundo lugar, que se determine la medida y

sus alcances, debiendo el peticionario justificar documentadamente la verosimilitud del derecho y peligro de daño del mismo en virtud de la demora del proceso. Luego de que la Autoridad Judicial valore la prueba ofrecida, deberá resolver motivadamente si admite o rechaza la medida. Por otro lado, el CPC de Bolivia regula, al igual que el CPCCN de Argentina, que, si la medida es decretada por juzgador incompetente, esta no perderá su validez si se aplicaron las normas del Capítulo I, Título II, Libro II de este mismo cuerpo legal al ordenarlas, sin que se prorrogue la competencia para conocer el proceso principal.

Otra similitud entre el CPC de Bolivia y el CPCCN de Argentina, es que en el primer ordenamiento jurídico referido también se concede al juez la facultad de limitar el instrumento cautelar requerido, disponer uno distinto o menos severo y señalar el alcance de la medida, con la finalidad de impedir un daño innecesario al destinatario de la providencia cautelar. Así también, se especifica que las medidas cautelares subsistirán mientras se mantengan las situaciones que las justificaron, de modo que el juez tendrá la facultad para ordenar, de oficio a pedido de parte, la reforma, el reemplazo o el levantamiento de la medida, con el objeto de resguardar los derechos. De la misma manera que en el COGEP de Ecuador y en el CPCCN de Argentina, las providencias cautelares, según el CPC de Bolivia, serán dictadas sin necesidad de audiencia de la contra-parte. Además, al igual que en el CPCCN de Argentina, la ejecución de dicha medida no podrá ser detenida por ninguna observación, ni incidente presentado por el demandado. Así también si el cautelado no tuvo conocimiento de la medida dictada al momento de ser ejecutada, este deberá ser notificado en el plazo de tres días a partir de su ejecución. Adicionalmente, de igual forma que en el CPCCN de Argentina, si la medida cautelar recae sobre bienes muebles, mercadería o materia prima perteneciente a un local comercial o industrial, los que resulten imprescindibles para su funcionamiento, el juez estará facultado para autorizar medidas distintas con el objeto de no perjudicar el proceso de comercialización o fabricación.

En el CPC se contempla la facultad a favor de la Autoridad Judicial para ordenar medidas provisionales o anticipar determinadas diligencias que permitan evitar que se ocasione un daño grave o de difícil reparación al demandante, previo a que se dicte la sentencia definitiva, para garantizar de manera provisional la decisión de fondo. Como medida provisional anticipada, el juez estará facultado para disponer de oficio o a petición de parte, el remate de los bienes embargados o sobre los que pese una medida cautelar, cuando estos se encuentren en riesgo de desvanecerse, desvalorizarse o perjudicarse, así como cuando conservarlos implique gastos exorbitantes en relación a su valor. Para el efecto, el juez deberá ordenar que se realice el depósito judicial del bien.

El CPC de Bolivia, de la misma forma que el CPCCN de Argentina, permite al acreedor requerir al juez que se amplíe, mejore o reemplace la providencia cautelar dictada, acreditando que esta no cumple su función de garantía; así como que el deudor requiera el reemplazo de la medida decretada por una que sea menos lesiva para él, siempre que esta base para asegurar el derecho del acreedor. También podrá solicitar la sustitución por otro bien del mismo valor. La resolución del juez concediendo o negando estas peticiones deberá ser dictada, previo traslado a la contraparte por el plazo de tres días.

En el CPC se encuentra regulado que la resolución que admita o rechace la medida cautelar, así como la que ordene su sustitución o modificación, se impugnará mediante la interposición del recurso de apelación con efecto devolutivo, es decir, con el mismo efecto contemplado en el COGEP de Ecuador y CPCCN de Argentina para apelar la admisión de las medidas cautelares. Finalmente, en el CPC de Bolivia se dispone que ante el levantamiento de una medida cautelar en virtud de haberse acreditado que el peticionario abuso del derecho para conseguirla, será condenado por los daños y perjuicios ocasionados, a la solicitud del afectado, al igual que en el CPCCN de Argentina; y para determinar el monto de la indemnización se seguirá la vía

incidental. Sin perjuicio de aquello, se faculta al juzgador para aplicar la multa respectiva de oficio.

Medidas Cautelares contempladas en el CPC. En los Arts. 325-337CPC se enumeran ciertas medidas cautelares específicas regulando en concreto la anotación preventiva de la demanda, el embargo preventivo, el secuestro, la intervención y administración judicial, la inhibición de bienes, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.

La anotación preventiva de la demanda procede ante la posibilidad de que el juez emita una sentencia favorable a una pretensión constitutiva de un derecho real, es decir la constitución, modificación o extinción de la propiedad sobre un bien mueble o inmueble sujeto a registro. Para la ejecución de esta medida se requiere la orden judicial ordenando la misma y deberá contener los nombres de las partes procesales, el objeto, la naturaleza del proceso, la situación de los bienes y su número de matrícula o datos que constan en los registros.

Para el efecto, deberá existir el elemento del peligro en la demora frente el riesgo de que el demandado transfiera dichos bienes a otras personas perjudicando la eficiencia de la sentencia. Se trata de un acto de publicidad, el cual no impide al titular del derecho ejercer el contenido de este, ni tampoco le otorga preferencia. En caso de que la sentencia emitida sea favorable para el solicitante de la medida, este podrá requerir al juzgador que ordene el embargo o secuestro de todo bien sujeto a esta medida.

Por otro lado, el embargo preventivo procede a solicitud del acreedor de una obligación monetaria o en especie cuando el deudor no tenga su domicilio en el territorio del Estado; cuando el crédito se refleje en un documento público o privado reconocido y no cuente con garantía suficiente; cuando el condómino, coheredero o el socio justifiquen la verosimilitud del derecho y peligro en la demora sobre los bienes del condominio, de la herencia o de la sociedad, respectivamente; cuando la persona que deba demandar la división de la herencia, reivindicación,

nulidad del testamento o simulación, así como otras acciones reales sobre el bien objeto del litigio, y mientras se sustancia el juicio presente prueba documental que justifique la verosimilitud de su pretensión; o, cuando se demanda el cumplimiento de un contrato de compraventa.

Mientras tanto, el secuestro procede exclusivamente contra bienes muebles y semovientes, siempre que se cumplan los presupuestos generales de las medidas cautelares, bajo los siguientes escenarios, que el embargo no garantice por sí solo el derecho objeto de la pretensión del solicitante; ante la necesidad de guarda o conservación de los bienes para garantizar el resultado de la sentencia; o, cuando el deudor ofrezca otros bienes. En caso de que el deudor tenga título de propiedad o de posesión del bien por un tiempo superior a un año, será improcedente esta medida.

Tanto en el caso del embargo preventivo como del secuestro, el juzgador deberá designar a un depositario judicial que tendrá las responsabilidades previstas en la ley en relación a la custodia y conservación de los bienes a su cargo. La ejecución y los efectos de estas medidas cautelares se sujetarán a lo regulado en el Capítulo II, Título V del Libro Segundo del CPC. El Art. 328 de este cuerpo legal otorga prioridad a aquel acreedor que obtuvo con antelación el embargo o secuestro de los bienes del deudor, cuando estos no estén vinculados a causas legítimas de preferencia, respecto al cobro de la totalidad de su crédito, intereses y costas sobre los otros acreedores, con excepción del caso de concurso. En consecuencia, los próximos embargos o secuestros sólo recaerán sobre el remanente luego del pago de dicho crédito.

La intervención judicial con facultad de administración o sin ella, podrá ser dispuesta ante la ausencia de otra medida cautelar o en complemento a una previamente dictada, bajo petición de un socio o copropietario, siempre que las acciones u omisiones de los administradores o poseedores de los bienes de la sociedad o copropiedad, puedan generar un grave daño o arriesgar

las actividades propias de estas. De tal forma que, el interventor administrador tendrá la potestad de co-administrar la sociedad o copropiedad junto al administrador natural, o de sustituirlo.

Además, la autoridad judicial ante el pedido de un interesado legítimo, que no necesariamente deberá ostentar la calidad de socio o copropietario, podrá designar a un interventor informante o a un interventor recaudador. El primero tendrá la función de informar el estado de los bienes objeto del litigio o de la gestión del interventor con facultad de administración descrito en el párrafo anterior, con la frecuencia ordenada por el juez mediante resolución. En cambio, el segundo actuará cuando la medida cautelar afecte bienes que generen frutos civiles o naturales, de modo que deberá recaudar exclusivamente la parte embargada, sin tener ninguna facultad de administración. El juez deberá fijar el valor que deberá recaudar, el cual no podrá superar el cincuenta por ciento de los ingresos brutos, debiendo depositar los valores a la orden del juzgado en el plazo ordenado.

El juez deberá designar al interventor verificando que sea una persona apta para desenvolver la función encargada y ajena a la sociedad intervenida, rigiéndose bajo las atribuciones previstas en el Art. 331 del CPC. El interventor deberá cumplir todas las obligaciones y responsabilidades previstas en el art. 332 ibídem, en especial, desenvolver el encargo de manera personal, vigilando la conservación del bien a su cuidado, y presentar informes durante el ejercicio de sus funciones, así como al finalizar las mismas. Los honorarios del interventor deberán sujetarse a lo dispuesto en el Art. 333 de este cuerpo legal y su remoción se realizará de acuerdo a lo previsto en el Art. 334 del CPC, es decir, en síntesis, si no cumple sus funciones o demostraré su incapacidad para ello, si demostraré negligencia para el ejercicio del encargo, que afecte la preservación de los bienes y el interés de las partes procesales, o que incurra en abuso en sus funciones.

La medida de inhibición de bienes procede siempre que haya lugar al embargo, pero este no pueda efectivizarse por que no se conocen los bienes del deudor o cuando estos no alcancen para

saldar el valor total adeudado, de forma que el acreedor podrá requerir al juez la inhibición de vender o gravar de los bienes del deudor. Esta medida surte efectos a partir de su anotación en el registro pertinente y tendrá preferencia sobre las siguientes medidas de inhibición que sean inscritas, pero quedará sin efecto cuando el deudor consistiere en el embargo de sus bienes en la proporción equivalente al monto total de la deuda o en su lugar, ofrezca garantía suficiente de la obligación.

La medida de prohibición de innovar podrá ser dispuesta por el juzgador en todo tipo de procesos cuando exista un derecho verosímil y un peligro en la demora de que se modifique una circunstancia de hecho o de derecho volviendo inoperante la sentencia definitiva. Se trata de una medida conservativa, cuyo objeto es preservar el estado de hecho o de derecho actual, en virtud de una pretensión de condena a una obligación específica de no hacer, es decir, la de no innovar. Finalmente, la medida de prohibición de contratar será dispuesta por el juez sobre ciertos bienes cuando sea procedente por ley o en virtud de un contrato, para garantizar la ejecución forzada de los bienes sobre los que versa el conflicto, ordenando la inscripción en los registros pertinentes, así como la debida notificación a los interesados y los terceros indicados por el peticionario. Cabe señalar que el juez deberá individualizar y especificar que bienes serán objeto de esta medida. Esta quedará sin efecto si dentro del plazo de 30 días desde que fue dispuesta, el solicitante no presentará su demanda, así como en cualquier tiempo posterior si se justifica su improcedencia.

Ahora bien, un artículo que permite verificar que el sistema procesal cautelar de Bolivia no se trata de un *numerus clausus* de medidas, es el Art. 336 II, el cual textualmente señala:

Excepcionalmente, cuando no sea aplicable otra medida prevista por la Ley y ante la inminencia de un perjuicio irreparable, la autoridad judicial puede ordenar medidas destinadas a reponer un

estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda [...]”.

(Código de Procedimiento Civil [CPC], 2014).

El mismo artículo señala los casos excepcionales en que el juzgador podrá adoptar medidas distintas a las previstas taxativamente en la ley, estos son, en procesos de interdictos, a petición de parte o de oficio, de conformidad a la situación acontecida; cuando el objeto de la demanda sea la demolición de una obra en curso que deteriora la propiedad o posesión del actor, el juez puede ordenar la paralización de la misma, y así también podrá disponer toda medida que busque impedir el daño que podría ocasionar un bien en ruina o inestable; ante una demanda de abuso de derecho, con la finalidad de evitar que se concrete el daño irreparable; y en caso de demanda relacionada al derecho de la intimidad personal o familiar, o de la imagen o voz de una persona, la autoridad judicial podrá ordenar la medida correspondiente al caso de acuerdo a su criterio. Además, el Art. 324 del CPC da una carta abierta al órgano jurisdiccional, para que además de los casos previstos en los artículos analizados, pueda dictar la medida cautelar que estime idónea para cada caso, sin establecerse un límite en las medidas que puede dictar o en los casos en que procede dictarlas, conforme transcribo a continuación:

Artículo 324. (Poder Cautelar Genérico). Fuera de los casos previstos en los Artículos que siguen, quien tuviere fundado motivo para temer qué durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. (Código de Procedimiento Civil [CPC], 2014)

Lo expuesto previamente, permite concluir que el sistema procesal cautelar de Bolivia es un sistema típico mixto o moderado toda vez que contiene reguladas tanto medidas cautelares específicas determinadas en sus Arts. 325-337, pero contiene también una cláusula abierta en su

Art. 342 que otorga al juez un poder cautelar genérico para dictar medidas distintas a las nominadas, que sean más aptas para garantizar la eficiencia de la sentencia, en atención a las circunstancias y necesidades de cada caso. Así pues, no existe *numerus clausus* sino *numerus apertus* en la tutela cautelar del sistema procesal cautelar boliviano, al igual que en el sistema procesal cautelar Argentino.

Otra diferencia del sistema procesal cautelar de Bolivia que cabe destacar es que no contempla expresamente un artículo que permite de forma general la interrupción o suspensión de la medida cautelar dictada por parte del cautelado asegurando con caución suficiente, a diferencia del sistema procesal ecuatoriano, sin embargo del analizado Art. 314, I, 1. del CPC, que establece que el juzgador podrá limitar el instrumento cautelar requerido u ordenar uno diferente o menos rígido con el fin de evitar daños innecesarios, podría interpretarse que el órgano jurisdiccional estará facultado a aceptar una caución sustitutiva de la medida cautelar decretada para evitar la afectación que produciría la misma al cautelado.

España

Aspectos procesales de las medidas cautelares en el LEC. La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es el conjunto de normas que regulan los procesos judiciales y las normas del Derecho Procesal civil en España, la cual entró en vigencia en virtud de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” con fecha 08 de enero del 2000. En su Título VI “De las medidas cautelares” del Libro III “De la ejecución forzosa y las medidas cautelares”, que comprende los Arts. 721-747, regula las disposiciones generales de las medidas cautelares, el procedimiento para su adopción, la caución sustitutoria, su oposición, modificación y levantamiento.

El Art. 721 de la LEC regula que la parte actora principal o de la reconvención, podrá requerir al tribunal que adopte los instrumentos cautelares que estime idóneos para garantizar la efectividad

de la tutela judicial que podría conferirse mediante la sentencia definitiva que será dictada, petición que realizará bajo su responsabilidad. Se prescribe la prohibición del tribunal de dictar las medidas cautelares previstas en el título VI del Libro II de oficio, sin perjuicio de lo dispuesto para procedimientos especiales; y también la prohibición de disponer medidas más perjudiciales para el demandado que las requeridas.

Las medidas cautelares podrán ser requeridas junto a la demanda principal y, en caso de justificarse motivos de necesidad o urgencia, de forma previa a la presentación de la demanda. En el segundo caso, las medidas se dejarán sin efecto si no se presenta la demanda principal ante el tribunal que conoció la petición en los 20 días siguientes a su ejecución, y en consecuencia, de oficio se dispondrá el levantamiento o revocatoria de las actuaciones de cumplimiento que se hayan ejecutado, se condenará al peticionario a las costas, así como por su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al destinatario de la medida. Cabe destacar que de forma ulterior a la presentación de la demanda o hallándose pendiente un recurso, únicamente podrá requerirse instrumentos cautelares cuando se justifiquen situaciones que ameriten estas medidas en aquellos momentos.

En la LEC se prohíbe mantener una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, a excepción del caso de la sentencia condenatoria o auto equivalente, donde se la podrá preservar hasta que transcurra el plazo de 20 días contemplado en el Art. 548 ibídem para la resolución del recurso de apelación. Tampoco se la podrá mantener cuando un proceso se suspenda por un lapso superior a seis meses por una causa ajena al peticionario de la medida. Cuando se proceda a la ejecución provisional de la sentencia, se levantarán las medidas cautelares adoptadas relacionadas a dicha ejecución.

La petición de una medida cautelar deberá realizarse de manera clara y precisa, acreditando la concurrencia de los presupuestos legales necesarios para su acogimiento. Además, se

acompañarán documentos o se anunciarán otros medios de prueba que permitan demostrar el cumplimiento de estos presupuestos. Cuando la petición guarde relación con un proceso donde se pretende que se disponga la prohibición o el cese de actividades ilícitas, podrán requerirse con urgencia y sin correr traslado a la contra-parte, informes e indagaciones necesarios para resolver la petición, siempre que no puedan obtenerse por el peticionario. La preclusión para proponer prueba opera con la petición de la medida cautelar. Finalmente, en la solicitud deberá ofrecer presentar la caución, especificando la clase de la misma y justificando el valor propuesto.

El Art. 728 del LEC regula los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares. Primero, el solicitante deberá justificar que mientras se tramite el proceso podrían acontecer situaciones que imposibiliten o dificulten la efectividad de la sentencia definitiva, si no se adoptan las medidas. No habrá cabida para estas medidas si a través de estas se busca modificar circunstancias de hecho que fueron aceptadas por el peticionario durante un largo tiempo, al menos que justifique el motivo por el cual estas no se habían requerido con antelación. Además, el peticionario deberá acreditar mediante argumentos, datos y soportes documentales que su petición es fundada. Ante ausencia de prueba documental, el peticionario podrá ofrecer en su solicitud otros medios de prueba.

Finalmente, el peticionario de la medida estará obligado a prestar caución suficiente que permita responder de forma efectiva y rápida por los daños y perjuicios que la ejecución de la medida pudiera causar en el patrimonio del demandado. Esta caución será fijada por el tribunal de acuerdo a la naturaleza de la causa, la pretensión de la demanda y la valoración realizada sobre la justificación de la medida. Cuando se trate de un procedimiento de acción de cesación ejercido por intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal podrá no requerir dicha caución, de acuerdo a las particularidades del caso, la entidad económica y el efecto social de los intereses afectados.

El tribunal competente para conocer la petición de medida cautelar será el que se encuentra tramitando la causa en primera instancia o en caso de que aún no se inicie la causa, el juzgador que será competente para conocer la demanda principal. Además, se especifica que en caso de que la petición de instrumentos cautelares se realiza mientras se tramite la segunda instancia o un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, tendrá la competencia para dictar la medida el tribunal que conoce la segunda instancia o estos recursos.

La LEC en su Art. 725 regula el examen de oficio sobre la jurisdicción, y la competencia objetiva y territorial, que deberá realizar el tribunal cuando se soliciten las providencias cautelares antes de la demanda. En consecuencia, si valora que tiene falta de jurisdicción o competencia objetiva o territorial, previo a audiencia del peticionario de la medida, deberá emitir auto absteniéndose de conocer la solicitud y dirigiendo a al interesado a que ejerza su derecho ante la autoridad competente, siempre que la abstención no se base en carencia jurisdiccional de los tribunales de España. Sin embargo, cuando exista incompetencia de territorio, el Tribunal podrá de acuerdo a las necesidades del caso, dictar en prevención los instrumentos cautelares que sea más urgentes, enviando posteriormente los autos al tribunal competente.

La regla general en España, es que cuando el tribunal adopte la petición de medida cautelar, deberá hacerle previa audiencia del demandado. Sin embargo, si el peticionario lo requiere y debido a situaciones de urgencia o en vista de que la realización de la audiencia previa podría perjudicar el fin del instrumento cautelar, el tribunal podrá decretarla sin más trámites a través de auto, en el plazo de cinco días, en el que motivará la concurrencia de los requisitos de la medida y los motivos por los que ha resultado dictarla sin oír previamente al demandado. Contra dicho auto no cabrá ningún recurso, y el mismo deberá ser notificado a las partes sin demora, es decir, si no es posible de forma anterior a la ejecución de la medida, se lo realizará inmediatamente luego de su ejecución.

En la audiencia previa ambas partes procesales expondrán sus motivos para la conveniencia de su derecho, utilizando las pruebas a su disposición, que deberán ser admitidas y practicadas en cuanto guarden pertinencia a los presupuestos de las medidas cautelares. Así también, de ser necesario podrán requerir la práctica de reconocimiento judicial; formular observaciones sobre la clase y valor de la caución; y el demandado podrá solicitar al tribunal la sustitución de la medida para que en su lugar se aplique la caución sustitutoria. En contra de las resoluciones del tribunal relativas a la comparecencia y a la prueba presentada no habrá lugar a ningún recurso, sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno se realicen las alegaciones pertinentes al respecto.

Una vez finiquitada la audiencia, el tribunal en el plazo de cinco días dictará el auto correspondiente respecto a la solicitud de medidas cautelares. Si valorase que concurren todos los requisitos legales y los presupuestos de las medidas cautelares, decretará con exactitud las medidas solicitadas correspondientes, especificando la cuantía, la forma, y el tiempo en que deberá rendir la caución el peticionario. Contra dicho auto habrá lugar al recurso de apelación sin efecto suspensivo. En cambio, contra el auto que rechace las medidas cautelares solo cabra el recurso de apelación, con tramitación preferente. En este caso, si varían las situaciones existentes al tiempo de presentar la solicitud, el interesado podrá volver a presentar su solicitud.

En cuanto a la prestación de la caución por el peticionario de la medida, el Art. 737 de la LEC regula que esta deberá rendirse con anterioridad a cualquier acto de ejecución de la medida decretada, debiendo el tribunal disponer a través de providencia la cuantía suficiente y la idoneidad de la caución. Luego de prestada dicha caución, se deberá proceder de oficio a la inmediata ejecución de la medida cautelar. Todo depositario, administrador judicial o responsable de los bienes o de los derechos afectados por una medida cautelar únicamente podrán enajenarlos, con anterior autorización a través de providencia del tribunal y cuando se presenten situaciones

excepcionales por las que sea más perjudicial para el patrimonio del demandado conservarlos que enajenarlos.

Bajo el supuesto de que se haya adoptado una providencia cautelar sin previa audiencia del demandado, este podrá formular su oposición dentro del plazo de veinte días, a partir de la notificación del auto donde se decreta esta medida; formulando las situaciones y justificaciones de oposición a la procedencia, requisitos, tipo, alcance de las medidas dictadas, así como podrá proponer caución sustitutoria.

Deberá correrse traslado de este escrito de oposición al peticionario de la medida y el tribunal resolverá en forma de auto sobre el mismo. Si resolviere mantener la medida cautelar, condenará al opositor por las costas de la oposición; mientras que si levanta la medida, condenará al actor tanto al pago de las costas como al pago de los daños y perjuicios generados. Dicho auto podrá apelarse sin efecto suspensivo. Cuando quede firme el auto estimatorio de la oposición, bajo requerimiento del demandado, se continuará con la determinación de los daños y perjuicios que le fueron generados, luego de lo cual se requerirá su pago al peticionario de la medida. Ante la falta de pago de este se deberá proceder de manera inmediata a su exacción forzosa.

Se podrá reformar las medidas dictadas cuando se demuestren hechos que no se pudieron conocer al momento de su adopción o dentro del plazo para la oposición. Si el demandado fuese absuelto en primera o segunda instancia, el letrado de la Administración de Justicia dispondrá el levantamiento de las medidas adoptadas, si el recurrente no requiere su mantenimiento ni que se adopte otra medida cautelar al momento de interponer el recurso contra dicha sentencia. Bajo esta circunstancia, el tribunal luego de haber escuchado a la contraparte y previo a remitir los autos al órgano competente de conocer el recurso, deberá resolver la solicitud, verificando la permanencia de los presupuestos y circunstancias que la justifiquen.

En caso de que se estime parcialmente la demanda, el tribunal, previa audiencia de parte, resolverá mediante auto sobre el mantenimiento, levantamiento o reforma de las medidas cautelares decretadas. Mientras tanto, si la sentencia fuese absolutoria y queda firme, se levantarán de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia, todas las providencias cautelares ejecutadas y se continuará con el trámite para reponer los daños y perjuicios al demandado. Así también se procederá en caso de renuncia de la acción o de desistimiento de la instancia.

El Art. 746 de la LEC regula que el afectado por las medidas cautelares dispuestas, podrá solicitar que el tribunal acepte en sustitución de las mismas, una caución suficiente, a juicio del tribunal, para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia definitiva. Para resolver esta petición el tribunal deberá analizar el fundamento de la solicitud, naturaleza y contenido de la pretensión condenatoria, y la apariencia jurídica a favor de la postura del demandado que podría presentarse. Además deberá valorar, si la medida cautelar podría limitar o impedir la actividad económica del demandado de manera perjudicial y desproporcionada en relación a la garantía que ofrecería la medida para el peticionario.

A esta petición se podrán acompañar documentos respecto a la solvencia del demandado y los efectos de la ejecución de la medida. Se correrá traslado a la contraparte por el plazo de cinco días y luego se convocará a audiencia. Posteriormente el tribunal resolverá en el plazo de cinco días mediante auto si acoge o no la petición de caución sustitutoria y contra dicho auto no cabrá ningún recurso.

Medidas Cautelares contempladas en la LEC. El Art. 726 de la LEC da la facultad al tribunal para dictar una medida cautelar, sobre los bienes y derechos del demandado, directa o indirecta mientras cumpla las siguientes características; en primer lugar, deberá ser destinarse exclusivamente a posibilitar la efectividad de la tutela judicial que podría conferirse en virtud de

una sentencia favorable al peticionario de la medida; esta medida no podrá ser reemplazada por otra con la misma eficacia pero menos lesiva para el demandado; y deberá tener carácter temporal, provisional, condicionado y sujeto a modificación y levantamiento de acuerdo a las previsiones legal. De tal manera que, el tribunal podrá decretar prohibiciones y órdenes similares a las pretendidas en el juicio, sin que aquello implique prejuzgamiento.

En el Art. 727 de la LEC se establecen las medidas cautelares específicas que podrá dictar el tribunal, cumpliendo las características descritas en el apartado anterior. Se señala expresamente que podrá dictar, entre otras, el embargo preventivo para garantizar la ejecución de una sentencia de condena de entrega de valores monetarios, frutos, rentas y cosas fungibles, así como ante la ausencia de otra medida igual de eficaz; la intervención o la administración judicial de bienes productivos cuando la pretensión sea una sentencia de condena de entregar los mismos a título de dueño, usufructuario o de otro interesado legítimo en mantener o mejorar la productividad; el depósito de una cosa mueble cuando la pretensión demandada sea su entrega y este en posesión del demandado; la formación de inventarios de bienes; la anotación preventiva de la demanda cuando se trate de bienes o derechos susceptibles de ser inscritos en registros públicos; otras anotaciones registrales cuando el fin de publicidad sirva para la correcta ejecución; la orden judicial del cese provisional de una actividad, de abstención de una conducta o la prohibición temporal de suspender o cesar la ejecución de una prestación que se esta realizando; la intervención y depósito de las ganancias obtenidas a través de una actividad lícita y cuya prohibición o cesación sea la pretensión de la demanda, así como el depósito o pago de los valores reclamados en virtud de remuneración de propiedad intelectual; el depósito temporal de ejemplares de obras u otros objetos generados con infracción a las reglas de propiedad intelectual o industrial, así como el depósito de los materiales usados para el efecto; la suspensión de acuerdos sociales impugnados; y, finalmente aquellas otras medidas destinadas a proteger

derechos previstas de manera expresa en la ley, o que sean necesarias para garantizar los resultados de la sentencia definitiva.

Por lo expuesto, puede denotarse que el sistema procesal cautelar de España, al igual que el de Argentina y Bolivia, es típico moderado o mixto, en vista de que en el Art. 727 de la LEC se contemplan las medidas cautelares nominadas que podrán ser dictadas en los supuestos descritos en la referida norma, pero también se especifica que además el operador de justicia podrá dictar otras medidas cuando sean necesarias para asegurar los resultados de la sentencia definitiva. De tal forma que, cuando el caso concreto no se adecúe a los descritos expresamente en la norma, el juzgador podrá dictar la medida que estime más conveniente para garantizar la tutela judicial efectiva que sería otorgada mediante una sentencia favorable.

Análisis de impacto de la Constitucionalización del Sistema Cautelar previsto en el COGEP

Del análisis realizado respecto al sistema cautelar previsto en el COGEP se ha logrado determinar que el mismo vulnera los derechos constitucionales de la población ecuatoriana. Como se analizó anteriormente dentro del presente trabajo de investigación, las medidas cautelares son la forma en que se materializa la tutela cautelar, la cual es una forma autónoma de la tutela judicial efectiva, cuya función es la que garantizar la efectividad de la sentencia definitiva que será dictada cuando culmine el proceso judicial, puesto que la demora en la tramitación del proceso podría perjudicar los resultados de la resolución judicial e inclusive tornarla absolutamente ineficaz. De tal suerte que, se puede afirmar que la tutela cautelar y por ende, la tutela judicial efectiva, será efectiva en cuanto logre cumplir su rol de garantizar todos los derechos de la ciudadanía ante los efectos del tiempo.

En el Art. 75 de nuestra norma suprema, esto es, la Constitución de la República del Ecuador, se regula la tutela judicial efectiva como un derecho de protección de la población, conforme transcribo textualmente a continuación:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008)

Tal como puede observarse del citado artículo, la norma suprema garantiza el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que a su vez asegura la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos. En consecuencia, toda autoridad judicial y administrativa deberá cumplir con el citado artículo y garantizar la tutela judicial efectiva de estos derechos e intereses, con sujeción al Art. 82 de la Constitución que dispone que toda autoridad competente deberá respetar la carta magna y aplicar sus normas jurídicas.

Por su parte, la Corte Constitucional, la cual de acuerdo los Arts. 429 y 436,1 de la Constitución es el máximo órgano de interpretación constitucional a través de sus dictámenes y sentencias, respecto a la tutela judicial efectiva manifiesta que:

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia. (Sentencia N.º 117-14-SEP-CC, 2014)

De lo expuesto, se desprende la tutela judicial efectiva implica que se concrete la ejecución de la sentencia, para que esta sea eficaz, lo cual guarda congruencia con la doctrina analizada en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, ya que si no se garantiza su cumplimiento estaríamos frente a una jurisdicción que sería más que una simple manifestación sin ningún efecto práctico, al contrario de lo regulado en el Art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala que la jurisdicción es la potestad pública de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado y la ejercen los jueces según las reglas de la competencia.

Ahora bien, en el COGEP se regula un sistema cautelar procesal absolutamente típico, el cual únicamente permite que el juez dicte las medidas cautelares expresamente previstas en la ley que se referirán exclusivamente a materia de propiedad intelectual y de crédito. Así pues, el motivo por el cual este sistema vulnera los derechos constitucionales analizados en los apartados anteriores, es debido a que si se presenta ante el juez un caso en que peligre un derecho o un interés de la parte actora debido a la demora del proceso, para el cual no resulten aptas las medidas cautelares expresamente previstas en la ley, el órgano jurisdiccional será incapaz de ofrecerle la tutela judicial efectiva de este derecho.

Dicho en otras palabras, todo derecho no protegido por las medidas cautelares nominadas del COGEP, y de distintas materias al crédito y a la propiedad intelectual, en la actualidad quedan fuera del ámbito de protección de la tutela cautelar y por lo tanto, quedan expuestos ante el extensivo peligro en la demora de los procesos judicial del Ecuador, de modo que no se garantiza el tercer momento de la tutela judicial efectiva en estos casos.

Por lo tanto, no se garantiza el derecho constitucional a una verdadera tutela judicial efectiva de todos los derechos e intereses de la ciudadanía, por ende, tampoco se aplica el principio de seguridad jurídica y aquello en el ámbito de la realidad repercute en que los órganos jurisdiccionales dictan sentencias ilusorias, pues debido a la tardanza del proceso judicial al

momento en que estas se dicten los demandados han realizado maniobras que impiden su efectivo cumplimiento-

Capítulo VI: Discusión.

En los resultados del presente trabajo de investigación se pudo determinar que el régimen procesal cautelar adoptado en el COGEP corresponde al sistema cautelar absolutamente típico, el cual es definido por Villanueva (2020) como aquel donde se identifica de forma expresa la denominación y el contenido de cada medida cautelar, así como la situación jurídica que pretende resguardar y el peligro que pretende paralizar. Ahora bien, este régimen cautelar contemplado en el COGEP presenta una grave debilidad, la cual consiste en que el ámbito de la realidad abarca una amplia variación de situaciones que no han sido previstas dentro de este ordenamiento jurídico, las cuales implican derechos e intereses que requieren ser protegidos del peligro en la demora del proceso judicial y no encuentran una respuesta eficiente por parte del sistema de justicia debido a esta limitación normativa.

Esta debilidad del COGEP resulta aún más grave, debido a que la falta de respuesta para la protección de los derechos que quedan por fuera de la esfera de protección otorgada por las medidas cautelares expresamente contempladas en el sistema cautelar ecuatoriano, repercute en una seria vulneración al derecho constitucional contemplado en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual es claro en disponer que toda persona tendrá el derecho a recibir una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

En consecuencia, también implica la violación del derecho constitucional a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 *ibídem* según el cual toda autoridad competente deberá respetar la norma suprema y aplicar sus disposiciones. Sin embargo, en la justicia ecuatoriana los jueces tienen una limitación normativa que les impide cumplir la norma jurídica regulada en el Art. 75 de la carta magna, pues cuando una situación de hecho o derecho se les presenta y las medidas cautelares nominadas del COGEP no son aptas para proteger el derecho o interés del demandante, no existe

ningún otro mecanismo que el juzgador pueda aplicar para tutelar los derechos frente al peligro en la demora del proceso judicial, ya que el Art. 226 de la norma suprema es claro en señalar de manera expresa que todo servidor público o persona que actúa en razón de una potestad estatal, podrá únicamente ejercer las competencias y facultas conferidas por la misma Constitución y la ley; y en el presente caso, a los juzgador únicamente se les dotó la facultad de dictar las medidas cautelares de secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes inmuebles y arraigo en materia de crédito y las medidas específicas en materia de propiedad intelectual.

En congruencia con lo anterior, de acuerdo a las definiciones de Gonzales (2021), Oyarte (2016), Priori (2011) y la Corte Constitucional de Ecuador, el derecho a la tutela judicial efectiva implica que se garantice la ejecución de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional, pues sino únicamente estaríamos frente a una justicia ilusoria sin ningún efecto real y que no puede cumplir su cometido de resolver los conflictos de la población. Es por este motivo que existe la tutela cautelar, que se materializa mediante la ejecución de medidas cautelares, que son instrumentos a través de los cuales la tutela judicial enfrenta el problema del peligro en la demora del proceso judicial.

Bajo esta misma línea, según el destacado jurista Giuseppe Chiovenda, la tutela cautelar es una forma autónoma de la tutela judicial, cuya finalidad principal es asegurar la eficacia de la sentencia frente a los efectos del tiempo que demora la tramitación del proceso. De tal suerte que, se reafirma la concepción de que al no garantizarse con eficacia una tutela cautelar mediante la regulación de un sistema procesal cautelar limitado en el COGEP, al ser esta clase de tutela un elemento integrante de la tutela judicial efectiva, resulta lógico que la vulneración de la primera repercute en la violación de la segunda, pues el régimen procesal vigente fallará en garantizar la ejecución de la sentencia por ausencia de los instrumentos necesarios para lograrlo, es decir, la

variedad en las medidas cautelares que se adecuen a los diferentes escenarios que se presentan en el campo de la realidad.

Dicho en otros términos, en el sistema procesal del Ecuador existe un deficiente sistema cautelar que se visualiza por la ausencia de medidas cautelares aptas para resguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, frente a las diferentes situaciones que se suscitan en el ámbito práctico, por lo que estamos frente a una tutela cautelar ineficaz que falla en garantizar su función de aseguramiento, y por consiguiente, ante una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En los códigos procesales de otros países tales como Argentina, Bolivia y España tienen contemplado un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto, el cual de acuerdo a Villanueva (2020), es aquel que mantiene reguladas medidas cautelares nominadas o taxativas para situaciones concretas reguladas, pero a su vez cuando estas no resultan aptas para la situación de hecho o derecho presentada, el juzgador queda facultado a dictar, bajo su discreción y siempre que concurren los requisitos y presupuestos procesales necesarios, la medida cautelar innominada o no taxativa más conveniente para proteger el derecho o interés reclamado. De tal forma que, en estos sistemas se garantiza una verdadera tutela judicial efectiva, debido a que ningún derecho queda por fuera de la esfera de la protección de la tutela cautelar.

Cabe señalar que el El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina entro en vigencia con fecha 01 de febrero de 1968, el Código de Procedimiento Civil de Bolivia entro en vigencia el 06 de agosto de 2014 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España entro en vigencia con fecha 08 de enero del 2000; mientras que el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador entro en vigencia con posterioridad, esto es, con fecha 22 de mayo de 2016; y aun así conserva la regulación de un sistema cautelar procesal exclusivo de medidas cautelares nominadas o taxativas que según Fabrega y Arnufalo (1989) y Jiménez (2014) es más tradicional

y ha sido abandonado por las sociedades modernas, pues la experiencia práctica ha probado que resulta imposible para el legislador prever la amplia variedad de situaciones que pueden suscitarse en la realidad, de modo que estos sistemas no siempre resultaban efectivas para lograr su fin de aseguramiento de la eficacia de la sentencia. De tal forma que, los ordenamientos jurídicos procesales más avanzados incluyeron un régimen que contiene la medida cautelar innominada, tal como es el caso de Argentina, Bolivia y España.

Por todo lo expuesto, se evidencia la necesidad de una reforma del sistema procesal cautelar adoptado en los Arts. 124-133 del COGEP, destinada a la transición de un sistema absolutamente típico hacia un sistema procesal cautelar típico moderado o mixto, con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de absolutamente todos los derechos de los ciudadanos, de tal forma que se incluyan todos estos derechos e interés dentro del ámbito de la protección de la tutela cautelar. Esta reforma resulta de gran relevancia debido a la excesiva y notoria lentitud de los procesos judiciales en el Ecuador, la que expone a todos los derechos e interés de los ciudadanos que en la actualidad quedan fuera del ámbito de protección de la tutela judicial efectiva debido al sistema cautelar limitado adoptado en el COGEP; frente al peligro en la demora, de tal suerte que para garantizar una verdadera justicia a la ciudadanía es primordial que se atienda este problema jurídico.

Capítulo VII: Propuesta



REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 124-133 Y ... DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

CONSIDERANDO:

QUE, el artículo 1 de la Constitución de la República dispone que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

QUE, el artículo 11 de la Constitución regula que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; y, 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución

QUE, el artículo 75 de la Constitución de la República establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

QUE, el artículo 82 de la Constitución de la República regula que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

QUE, el artículo 84 de la Constitución dispone que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

QUE, el artículo 169 de la Constitución establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

QUE, en los Arts. 124-133 y ... del libro II, Título III “Providencias Preventivas” del Código Orgánico General de Procesos se encuentran reguladas expresa y taxativamente las únicas medidas cautelares que pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional, mismas que únicamente ofrecen una protección a los derechos relacionados a materia de crédito y de propiedad intelectual, frente al peligro en la demora del proceso judicial, mientras que el Art. 75 de la norma suprema dispone que todo derecho e interés de los ciudadanos deberá ser efectivamente tutelado.

QUE, no es correcto utilizar el término providencias preventivas como sinónimo de medidas cautelares, pues la tutela cautelar y la tutela preventiva responden a diferentes necesidades. La primera pretende tutelar la eficacia del derecho reclamado frente al peligro de daño jurídico que

podrían causar la demora del proceso, mientras que la segunda brinda una respuesta anticipada a un peligro que amenaza al derecho y podría ocasionarle un daño jurídico.

En ejercicio de sus atribuciones.

Expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

Artículo 1. Sustitúyase el término “providencias preventivas” utilizado en el Título III del Libro II del Código Orgánico General de Procesos, así como en todos los artículos contenidos dentro del mismo, por el siguiente: “medidas cautelares”.

Artículo 2. Agréguese dentro del Título III del Libro II del Código Orgánico General de Procesos el Art. 123.1, con el siguiente texto:

Art. 123.1.- Medidas cautelares y procedimiento.- Podrán ser requeridas medidas cautelares al órgano jurisdiccional previo a la presentación de la demanda o mientras se sustancia el proceso. Estas serán dictadas bajo la responsabilidad del solicitante, de forma que si se demostrase que el peticionario actuó con dolo o culpa estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios provocados al demandado

La solicitud de medidas cautelares necesariamente deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Fundamentación que acredite su necesidad.
- Determinación de la medida, misma que debe ser necesaria, idónea y proporcional al derecho que se pretende tutelar.

El órgano jurisdiccional solamente podrá decretar una medida cautelar previo análisis mediante el cual logre verificar que la medida resulta imprescindible para tutelar la efectividad de la pretensión del peticionario, siempre que se determine la existencia de un peligro por la demora del proceso, el cual podría causar un daño grave que sea de difícil o imposible reparación. Para el

efecto, el peticionario tendrá que proporcionar las pruebas pertinentes que permitan acreditar la verosimilitud del derecho alegado y del peligro en la demora, a través de los cuales el juez podrá hacer su valoración íntegra resolviendo si admite o rechaza la medida.

Una vez presentada la solicitud de la medida de acuerdo a los requisitos de la demanda previstos en el Art. 142 de este cuerpo legal, el órgano jurisdiccional dentro del término de 48 horas deberá convocar a una audiencia donde tendrá inmediación con los elementos probatorios aportados por el interesado, con el objeto de resolver de forma imparcial sobre la admisión o rechazo de la medida requerida. En esta audiencia no será requerida la presencia del demandado, pero obligatoriamente deberá ser notificado en el término de 3 días sobre las medidas dictadas en su contra. Dicha resolución podrá ser apelada dentro del término de 3 días siguientes a su notificación escrita y su efecto siempre será no suspensivo.

Si el juez concedió alguna medida cautelar al peticionario, previo a la presentación de su demanda, y este no presente la demanda principal en el término de 15 días siguientes a decretadas o desde que se hizo exigible la obligación, esta caducará. Bajo esta circunstancia, el peticionario deberá pagar las costas procesales, así como los daños y perjuicios ocasionados. Para el efecto, el interesado deberá requerir la respectiva liquidación que será trámite como un incidente.

Bajo la circunstancia de que se alteren las situaciones que dieron lugar a la medida decretada por el Juez, este podría decretar de oficio a pedido de parte que sean revocadas, modificadas o sustituidas, respetando el principio de proporcionalidad y resguardando efectivamente los derechos del destinatario de las medidas. Así también, el afectado por las medidas podrá ofrecer una caución suficiente para que sean dejadas sin efecto las medidas cautelares dictadas en su contra y el juzgador resolverá, previo correr traslado al peticionario de la medida por el término de 3 días, analizando si con la caución se podría garantizar efectivamente el cumplimiento de la sentencia. Dicha resolución no será susceptible de ningún recurso.

El juzgador estará facultado a dictar bajo su entera discreción una medida cautelar diferente a la requerida, siempre que sea menos lesiva para el demandado y que sea igual de eficiente para proteger el derecho objeto de la pretensión de la demandada.

Todo juzgador que carezca de competencia para conocer el proceso principal, deberá abstenerse de decretar una medida cautelar requerida previo a la presentación de la demanda respectiva. Sin embargo, si fue decretada la medida por un juez incompetente, la misma será válida para todo efecto legal si se han respetado las disposiciones jurídicas de este cuerpo legal. Lo anterior de ninguna manera ocasionará la prorrogación de su competencia, de forma que el juzgador tendrá que remitir todas sus actuaciones al juez competente, en cuanto haya sido requerido.”

Artículo 3. Agréguese dentro del Título III del Libro II del Código Orgánico General de Procesos el Art. 123.2, con el siguiente texto:

“Art. 123.2.- Medidas cautelares innominadas.- Fuera de las medidas cautelares previstas expresamente en los siguientes articulados, el juzgador estará facultado a dictar bajo su entera discreción las medidas cautelares innominadas que estime más idóneas para garantizar la efectividad de la pretensión y los derechos reclamados, siempre que las medidas reguladas expresamente en la legislación no sean aptas para lograr su función de aseguramiento de la sentencia definitiva y que exista un temor fundado de que previo al reconocimiento del derecho, este podría sufrir una grave afectación de imposible o difícil reparación.

Las medidas cautelares de secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes inmuebles y arraigo previstas en los siguientes artículos no solo serán aplicables a procedimientos de cobro, sino también a toda otra clase de procesos donde su aplicación pueda tutelar el derecho pretendido y la eficacia de la sentencia que será dictada.”

Artículo 4. Elimínese los artículos 127, 128, 132 y 133.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y suscrita en en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Providencia de Pichicha, al 04 de noviembre del año 2022.

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

SECRETARIO GENERAL

Conclusiones

A través del presente trabajo de investigación y aplicando la metodología detallada en el capítulo “Marco Metodológico” se ha logrado concluir que:

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional contemplado en el Art. 75 de la Constitución de República del Ecuador, el cual garantiza la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos mediante tres momentos que son el acceso al sistema de justicia; la emisión de una decisión justa y motivada por el órgano jurisdiccional, y la ejecución de la resolución adoptada.

La tutela cautelar es una forma autónoma de la tutela judicial efectiva, cuya función es lograr el aseguramiento la sentencia definitiva que será emitida por el órgano jurisdiccional a la conclusión del proceso, así como la efectividad de la misma. Su necesidad surge en vista del peligro en la demora del proceso judicial, que puede traer como consecuencia la afectación del derecho o interés en conflicto, en vista de que en este tiempo el afectado podría tratar de realizar acciones para eludir el cumplimiento de la sentencia que será dictada eventualmente o en vista de que el paso del tiempo en sí mismo podría lesionar el derecho litigado. Se encuentra íntimamente ligada con el tercer momento de la tutela judicial efectiva, es decir, la ejecución de la sentencia; ya que permite que la ciudadanía obtenga una sentencia que realmente se cumpla, mas no un documento ilusorio sin ningún efecto práctico.

La tutela cautelar se materializa mediante las medidas cautelares, que son instrumentos procesales cuya aplicación es temporal mientras se sustancia el proceso y permiten hacer frente a los efectos del tiempo del proceso, garantizando la eficacia práctica de la sentencia mediante la protección de los derechos disputados.

Los presupuestos que deben concurrir para la procedencia de una medida cautelar son el peligro en la demora, la probabilidad de que la presentación sea declarada fundada y la adecuación. En breve, aquellos implican que deberán encontrarse en riesgo de sufrir un daño jurídico el derecho o interés litigado en virtud del transcurso del tiempo; el juez mediante una cognición sumaria deberá verificar la existencia del derecho y la probabilidad de que se conceda la pretensión del demandante; así como que el órgano jurisdiccional deberá verificar que la medida que dictará sea idónea para su función de aseguramiento y proporcional en cuanto a la pretensión que busca resguardar.

Estas pueden ser clasificadas según su previsión como medidas nominadas si están previstas expresamente en la ley o innominadas si no lo están; según su objeto como reales si recaen sobre las cosas, personales si recaen sobre las personas, y probatorias si pretenden obtener la práctica de una prueba anticipada; y según su mecanismo como conservativas si buscan mantener la circunstancia de hecho o derecho e innovativas si pretenden modificar la circunstancia de hecho o derecho.

Las características de las medidas cautelares son la jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, sumariedad, urgencia, preventividad, contingencia, sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus* y la contracautela.

Los sistemas procesales cautelares existentes son el absolutamente típico, absolutamente atípico y el típico moderado o mixto. El primero es aquel en donde el juzgador únicamente podrá dictar medidas cautelares nominadas o taxativas. El segundo es aquel en donde el órgano jurisdiccional solamente podrá dictar medidas cautelares innominadas o no taxativas. El último es aquel donde existen las medidas nominadas previstas para casos concretos, pero cuando estas no sean aptas para proteger otros derechos, el juez estará facultado a dictar la medida cautelar innominada.

El sistema procesal cautelar absolutamente típico es el tradicional pero ha sido reemplazado por las sociedades modernas, en vista de que la experiencia práctica ha demostrado que es ineficiente para tutelar la totalidad de los derechos de los ciudadanos, por cuanto es imposible para el legislador preveer en la norma todas las situaciones que puedan acontecer en el ámbito de la realidad.

El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP, vigente desde el 22 de mayo de 2016, es el absolutamente típico donde contempla expresamente medidas cautelares nominadas en materia de crédito y de propiedad intelectual. Respecto a la primera contempla las medidas cautelares de secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes inmuebles y arraigo; y en relación a la segunda contempla el cese inmediato de la actividad de presunta infracción sobre los derechos de propiedad intelectual, la clausura provisional del local o establecimiento presuntamente infractor y el retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores, así como su depósito judicial.

El sistema procesal cautelar adoptado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, vigente desde el 01 de febrero de 1968; en el el Código de Procedimiento Civil de Bolivia, vigente desde 06 de agosto de 2014; y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, vigente desde 08 de enero del 2000; es el típico moderado o mixto, pues contemplan medidas cautelares previstas expresamente en sus disposiciones jurídicas pero a la vez para los casos en que estas no sean idóneas para cumplir su función de aseguramiento, se le otorga al juzgador un poder general de cautelar, es decir, una carta abierta para que de acuerdo a su discreción y observando los presupuestos procesales de las medidas cautelares y los requisitos legales, dicten la medida cautelar innominada que estimen más idónea para resguardar el derecho o interés en litigio.

El sistema procesal cautelar absolutamente típico contemplado en el COGEP vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, pues deja por fuera de la esfera de protección de la tutela cautelar a todos los derechos e intereses que no se adecúen a materia de crédito y de propiedad intelectual y a los que las medidas nominadas contempladas en el COGEP no resulten aptas para protegerlos. De tal forma que, estos derechos e intereses están expuestos frente al peligro de la demora de los procesos judicial en el Ecuador, por lo que no existe ninguna garantía que permita asegurar que cuando el órgano jurisdiccional dicte la sentencia, esta podrá ser efectivamente ejecutada. Así pues, los demandados en Ecuador podrían fácilmente idearse mecanismos que le permitan eludir el cumplimiento de sus obligaciones, tomando ventaja de la conocida lentitud del sistema de justicia ecuatoriano.

En virtud de lo expuesto, resulta necesario realizar una reforma a los arts. 124-133 del COGEP destinadas a una transición de este sistema procesal cautelar absolutamente típico a un sistema típico moderado o mixto, donde mediante la implementación de la medida cautelar innominada, siempre que se cumplan todos los requisitos de ley, el juzgador podrá garantizar la tutela judicial efectiva de todos los derechos de la ciudadanía y no dejarlos expuestos frente a la concerniente demora de los procesos judiciales del Ecuador.

Recomendaciones

En virtud de análisis realizado en este trabajo de investigación se recomienda que la Asamblea Nacional realice un proyecto de reforma a los artículos 124-133 y ... del Código Orgánico General de Procesos, de conformidad a la propuesta elaborada en el Capítulo VII, esto es, realizando una transición del sistema cautelar absolutamente típico regulado en la actualidad por un sistema cautelar típico moderado o mixto, que permita dictar medidas cautelares que no estén previstas expresamente en la ley, las que se podrán adecuar a la diversidad de casos que podrían acontecer en la realidad, con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de absolutamente todos los derechos de la ciudadanía frente al peligro de la demora de la sustanciación de los procesos judiciales en el Ecuador, respetando el principio de seguridad jurídica y observando el artículo 75, 82 y 84 de la norma suprema. De esta forma, en el ámbito práctico jurídico, se brindaría una tutela cautelar efectiva a la población, mediante la cual se garantizará la eficacia de la sentencia que será dictada a la culminación del proceso y se evitaría que la parte demandada realice maniobras que podrían tornar inejecutable la resolución del juzgador, acarreando en una justicia ilusoria.

Una vez realizada la reforma del COGEP en los términos indicados en el proyecto anterior, mi recomendación es que se realice una socialización y capacitación de la misma tanto al órgano jurisdiccional como a los abogados. Los jueces deberán tener claro que el poder general de cautela que le es concedido para dictar una medida cautelar no es un poder ilimitado del cual puede disponer a su arbitrio, sino una potestad discrecional que le otorga el legislador para que, realizando un análisis jurídico y sujetándose a todos los límites legales, dicte la medida más conveniente para resguardar un derecho o interés que no pueda ser protegido efectivamente mediante una medida cautelar nominada. Lo anterior, deberá hacerlo observando todos los

requisitos legales y presupuestos procesales de las medidas cautelares, para evitar incurrir en abusos. De igual forma, deberá tener claro estos límites y cómo aplicar este poder general de cautela en el ámbito práctico, para evitar que por temor y desconocimiento se encuentre regulada la medida cautelar innominada pero no sea aplicada por el órgano jurisdiccional. Los abogados deberán conocer la figura jurídica de la medida cautelar innominada, para sacarle el mayor beneficio a la misma en busca de garantizar la ejecución eficaz de la sentencia a favor de su patrocinado, resguardando así sus derechos e intereses.

Adicionalmente, en virtud del análisis doctrinario y jurídico-comparado realizado, se recomienda que en un futuro trabajo de investigación se estudie a profundidad la figura de la contra-cautela, es decir, la garantía que debe pagar el peticionario de la medida cautelar al realizar su solicitud con el objetivo de cubrir los daños y perjuicios que podrían ocasionarse al destinatario de la medida si se concluye el proceso con una sentencia que rechace la pretensión de la demanda; la cual no se encuentra regulada en el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, a diferencia de los ordenamientos jurídicos procesales de Colombia, Bolivia y España. Considero que es importante el análisis de esta figura jurídica, así como la valoración sobre si sería pertinente regularla dentro del COGEP, con el objeto de garantizar los derechos del demandado, quien podría sufrir perjuicios irreparables o de difícil reparación ante la ejecución de un instrumento cautelar que no correspondía, así como para brindar una respuesta en casos de que el demandante pretenda realizar un abuso del derecho para obtener una medida cautelar a su favor.

Referencias

- Acuña, B. M. (junio de 2017). La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador. *Revista de Derecho*, 30(1), 263-285.
- Aguilera, R. (enero-abril de 2013). Identidad y diferenciación entre Método y Metodología. *Estudios Políticos*, 9(28), 81-103.
- Arias, J.-L. (2021). *Diseño y metodología de la investigación* (Vol. I). Arequipa, Perú: ENFOQUES CONSULTING EIRL.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Azuero, Á. (diciembre de 2019). Significatividad del marco metodológico en el desarrollo de proyectos de investigación. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA*, 110-127.
- Barona, S. (enero de 2015). EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL EN LA TUTELA DE LOS CIUDADANOS. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 19, 1669.
- Bordalí, A. (23 de agosto de 2019). DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL. *Revista de Derecho*, XII, 51-66.
- Buenfil, R. (2019). *Ernesto Laclau y la investigación educativa en Latinoamérica* (Vol. I). (L. Sablich, Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Temas Clacso.
- Buitrago Castillo, J. C. (2015). DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS UN ESTUDIO SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ.
- Buitrago Castillo, J. C. (2015). *De las medidas cautelares innominadas: Un estudio sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del juez*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Cabrera, N., Held, C. N., & Barrera, M. V. (julio-dieicmebre de 2015). DE LA TUTELA CAUTELAR INNOMINADA Y LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo*, 68-72.
- Calamandrei, P. (2006). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima, Perú: Ara Editores EIRL.
- Chacón, E. U. (diciembre de 2007). DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL, COMUNITARIO E INTERNACIONAL. *Revista de Ciencias Jurídicas* , 114, 137-174.

- Código de Procedimiento Civil [CPC].* (2014).
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. (22 de mayo de 2015). *Registro Oficial Suplemento 506*. Ecuador.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION [CPCCN].* (1968). Argentina.
- Constitución de la República del Ecuador [CRE].* (2008).
- Contreras Amaya, J. Y. (2015). Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano . *Creative Commons, 2.5*.
- Cruz, J. (2016). LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO. *TEMAS LABORALES*(132), 73-121.
- Cuadros, A. (02 de febrero de 2017). *Primera reforma al COGEP por parte del Código Ingenios (¿En qué consiste el informe favorable para providencias preventivas? BLOG JURÍDICO (Y ALGO MÁS) – ALFREDO CUADROS AÑAZCO: [https://alfredocuadros.com/tag/providencias-preventivas/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20COGEP%20las%20providencias,y%2C%20\(4\)%20arraigo](https://alfredocuadros.com/tag/providencias-preventivas/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20COGEP%20las%20providencias,y%2C%20(4)%20arraigo)*.
- El Universo. (07 de febrero de 2022). El 83 % de los ecuatorianos no confía en la justicia. Aquí las razones. *El Universo*.
- Fabrega P., J., & Arnufalo Arjona, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Revistas ICDP, 8*(8).
- Fabrega, J., & Arnufalo, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Revistas ICDP, 8*(8), 113-120.
- Fierro-Vega, J. A. (enero de 2022). Análisis de la tutela judicial efectiva en procesos ejecutados por la corte constitucional ecuatoriana. *FIPCAEC , 1*(31), 737-750.
- García, H. A. (noviembre de 2015). *SOBRE LA TUTELA CAUTELAR*. Lima: Themis.
- Garzón, C. A., & García, M. N. (diciembre de 2013). Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. *Revista Academia & Derecho, 4*(7), 53-77.
- González, R. H. (2021). *El Procedimiento Ejecutivo y su sistema de excepciones tasado establecido en el Código Orgánico General de Procesos* (Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Legales.

- Jiménez, M. J. (2014). La medida cautelar innominada: antonomasia del acceso a la administración de justicia. *Derecho y Realidad*, 23.
- Macay, J. (2019). *EL OTORGAMIENTO DE PROVIDENCIAS PREVENTIVAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS*. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Martínez, M. J. (2014). La medida cautelar innominada: antonomasia del acceso a la administración de justicia. *Derecho y Realidad*.
- MIRET, N. M. (mayo de 2019). LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. *Revista General de Derecho Procesal*, 48.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso* (Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Palomeque, P. M. (2018). Las providencias preventivas en el COGEP, análisis y crítica en base a derecho comparado. 114. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay .
- Priori Posada., G. F. (s.f.). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *ius et veritas*, 171-200.
- Priori, G. (2011). La oposición a las medidas cautelares. *Advocatus*, 413-434.
- Priori, G. (2015). Panorama sobre las recientes modificaciones procesales civiles en América Latina: Los Códigos de Bolivia y Ecuador. *RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN EURASIA E IN AMERICA LATINA*, 271-286.
- Priori, G. (2019). *El Proceso y la Tutela de los Derechos* (Vol. 42). Lima, Perú: Fondo.
- Quiroga, A. (2011). LA ACTUALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR Y SU MODIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. *Themis Revisa de Derecho*, 59, 259-284.
- Ramírez, G. (10 de diciembre de 2021). Las medidas cautelares en el proceso civil . *Revista Derecho*, 1, 101-108.
- Salcedo, C. (2015). COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS EN PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES. *Revista de Derecho Procesal Colombiano*, 12-35.
- Segura, I., & Villamil, L. (124-125 de diciembre de 2019). Las medidas cautelares innominadas en la legislación Colombiana. *Revista de Derecho*, 27, 119-133.
- Sentencia N.º 117-14-SEP-CC, caso N.º 1010-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2014).
- Sentencia No. 034-16-SEP-CC, caso No. 0103-13-EP (3 de febrero de 2016).

- Suárez, M. C., & Vallejo, C. E. (2017). Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial. *46*, 139-159.
- Suárez, M., & Vallejo, C. (enero-junio de 2017). Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial. *Iusta*, *46*, 139-158.
- Suárez, R. J. (2021). Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador. *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, *2*(2), 1-13.
- UNINAV. (2017). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. México.
- Villabella., C. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. . *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 921-953.
- Villanueva, K. (2020). La tutela jurisdiccional efectiva en tiempos de COVID-19: apuntes sobre la cláusula rebus sic stantibus en materia cautelar. En F. d. PUCP (Ed.), *Derecho de los Desastres: Covid-19* (Vol. Tomo I, pág. 1527). Lima, Perú: Colección Centenario.
- Villarreal, R. (2009). *Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos*. Ecuador.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología
Innovación y Saberes**



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

Declaración y Autorización

Yo, **María Augusta Vanegas Lascano**, con C.C: # **0923451586** autora del **trabajo de titulación:**

El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP y propuesta de reforma a sus artículos 124-133, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **20 de junio de 2023.**

f. _____

María Augusta Vanegas Lascano

C.C: 0923461586

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN		
TEMA Y SUBTEMA:	El sistema procesal cautelar adoptado en el COGEP y propuesta de reforma a sus artículos 124-133	
AUTOR(ES)	María Augusta Vanegas Lascano	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Pérez-Puig-Mir, Nuria ; Dr. Johnny de la Pared Darquea.	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
FACULTAD:	Sistema de Posgrado	
CARRERA:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal	
TÍTULO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de junio de 2023	No. DE PÁGINAS: 121
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal, Tutela Judicial Efectiva, Tutela Cautelar.	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Tutela Judicial Efectiva, Tutela Cautelar, Medidas Cautelares, Medida Cautelar Innominada, Sistema Cautelar Absolutamente Típico, Sistema Cautelar Típico Moderado o Mixto, Peligro en la Demora, y ejecución eficaz.	
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):		
<p>La tutela cautelar es una forma autónoma de la tutela judicial efectiva, que se materializa mediante las medidas cautelares, estos son, instrumentos que garantizan la ejecución eficaz de una sentencia evitando que el peligro de la demora del proceso la torne inoperante. El objetivo general de este estudio fue realizar un análisis el sistema procesal cautelar previsto en el COGEP y proponer la reforma de sus artículos 124-133. La metodología empleada fueron métodos teóricos como el dogmático, exegetico, jurídico-comparado e impacto de la constitucionalización; y empíricos como el análisis de tesis y artículos académicos. Se determinó que el COGEP regula un sistema absolutamente típico, donde el juez solo puede aplicar las medidas cautelares expresamente contempladas en la ley, limitadas a materia de crédito y de propiedad intelectual, lo que es una vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, pues este no podrá brindar protección frente al peligro en la demora del proceso a todos los otros derechos que no encuentren dentro de la esfera de protección de dicha norma. En consecuencia, las sociedades modernas han incluido en sus ordenamientos jurídicos a la medida cautelar innominada, tal como Argentina, Bolivia y España que mantienen un sistema típico moderado, de modo que no ocurre esta vulneración, ya que el juez puede, además de aplicar las medidas cautelares taxativas, decretar medidas cautelares no taxativas, cuando las primeras no sean aptas para resguardar los derechos del peticionario. Por lo expuesto, la propuesta de reforma consiste en una transición hacia un sistema típico moderado.</p> <p>Precautionary protection is an autonomous form of effective judicial protection, which is materialized through precautionary measures, these are instruments that guarantee the effective execution of a sentence, preventing the danger of delaying the process from rendering it inoperative. The general objective of this study was to carry out an analysis of the precautionary procedural system foreseen in the COGEP and to propose the reform of its articles 124-133. The methodology used were theoretical methods such as dogmatic, exegetical, legal-comparative and impact of constitutionalization; and empirical, such as the analysis of thesis and academic articles. It was determined that the COGEP regulates an absolutely typical system, where the judge can only apply the precautionary measures expressly contemplated in the law, limited to matters of credit and intellectual property, which is a violation of the right of effective judicial protection, since him will not be able to offer protection against the danger in the delay of the process to all the other rights that are not within the sphere of protection of this norm. Consequently, modern societies have included in their legal systems the unnamed precautionary measures, such as Argentina, Bolivia and Spain, which maintains a typical moderate system, so that this violation does not occur, since the judge can, in addition to applying the precautionary measures expressly regulated, decree non-exhaustive precautionary measures, when the first ones are not suitable to protect the rights of the petitioner. For these reasons, the reform proposal consists of a transition towards a typical moderate system.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +5930985776269	E-mail: mvanegas@grupovanegas.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: : Andrés Obando Ochoa	
	Teléfono: : +593-992854967	
	E-mail: : ing.obandoo@hotmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		