

Asignatura Derecho Procesal II Título Medidas cautelares, primera parte
Autor Manuel Gallego Morel Día de grabación 21 de noviembre del 79 Día de
emisión 12 de diciembre del 79 Medidas cautelares, primera parte Creo que
dentro de los temas que comprende la unidad didáctica segunda del derecho
procesal II, el de la justicia cautelar, es muy importante y quizá
esquemáticamente reunido. Por ello, le vamos a dedicar dos guiones
consecutivos. Este referente al importante tema de la jurisdiccionalidad
de las medidas cautelares

indeterminadas del artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento civil.
Vamos por tanto a analizar algo, lo que nos dé tiempo, sobre el concepto
y contenido de la función cautelar de la jurisdicción. Como sabemos, una
de las funciones que se asignan a la jurisdicción es la cautelar de
aseguramiento o preventiva de situaciones jurídicas creadas por
resoluciones judiciales o al margen de ellas. Como dice el profesor
Serra, aun cuando las medidas cautelares carezcan de autonomía y no
puedan fundarse tan siquiera en un derecho sustancial de tutela, no puede
dudarse de su carácter jurisdiccional. La medida cautelar será
jurisdiccional en cuanto contiene elementos jurisdiccionales típicos,
como son la declaración con fuerza de cosa juzgada y, sobre todo, por su
carácter instrumental respecto de un ulterior pronunciamiento
jurisdiccional. Lo cual es un aspecto que no es tan importante, pero que
es un aspecto que es muy importante y que no significa que todas las
medidas sean

sin más jurisdiccionales. Si las medidas cautelares son instrumento de
un instrumento, como decía Calamandrey, lógicamente su naturaleza
jurisdiccional vendrá determinada por el carácter jurisdiccional de la
resolución principal. Lo que sí es incuestionable es que las medidas
cautelares adoptadas en un proceso jurisdiccional tienen por sí mismas
carácter jurisdiccional. Pese a todo ello, se ha querido configurar a la
medida cautelar como actividad casi administrativa, negándole autoridad
de cosas juzgadas, lo cual lleva a conclusiones dogmáticas que, como
diría Serra, y a conclusiones prácticas inadmisibles. Calamandrey
señalaba que las medidas cautelares son acordadas más que en interés de
los particulares, en interés de la Administración de Justicia. Pero hemos
de señalar que el interés del Estado y el interés del particular se
manifiestan al mismo tiempo, y las medidas cautelares se adoptan para
garantizar la integridad de los intereses particulares. Eventualmente,
las medidas cautelares son acordadas para garantizar la integridad de los
intereses particulares.

hechos del demandante y durante la resolución del proceso. La doctrina
se debate en la cuestión de si la resolución que concede o deniega la
medida cautelar produce los efectos de cosas juzgadas. Nuestro criterio
es que no afecta a las cosas juzgadas, pero sí a sus límites objetivos.
No pueden volver a ser examinados los presupuestos que se tuvieron en
cuenta para su adopción, pero si se aportan nuevos, el juez puede
modificar o dejar sin efecto las medidas previamente adoptadas. Por ello,
como recuerdan los profesores Prieto Castro, Almagro y Fénès, en la
unidad didáctica que analizamos en el sentido propuesto es tan importante
la función cautelar de la jurisdicción y tan numerosos son los preceptos
que la legislación civil, penal, laboral y contencioso-administrativa
dedica a esta materia que no cabe pensar en un olvido padecido en el
artículo V de la ley orgánica, sino más bien en que el artículo V de la
ley orgánica es un artículo que no es un artículo que no es un artículo
que no es un artículo que no es un artículo que no es un artículo que no
es un artículo que no es un artículo que no es un artículo que no es un

artículo que al referirse a ejecutar lo juzgado está incluyendo la función cautelar de la jurisdicción

función cautelar en sentido estricto, si bien con las precisiones que acabamos de señalar. La lista de medidas cautelares que se conocen en el derecho español en el orden civil están examinadas global y particularmente con todo rigor en la unidad didáctica que venimos examinando. Pese a ello, reiteramos que el próximo guión lo dedicaremos a una de ellas, especialmente las indeterminadas del artículo 1428, por creerla de mayor interés y necesidad de estudio. Por ello, en los minutos que nos quedan, vamos a tratar de otro aspecto de interés en nuestro sistema y es el de los presupuestos de las medidas cautelares, una vez clara su jurisdiccionalidad. Con natural al propio concepto de la medida cautelar que ya revisamos, es la diversidad que afecta tanto a la medida en sí como al procedimiento. Esta diversidad es grave en nuestro derecho, positivo, con tratamientos opuestos e inclusiones inadecuadas en nuestros distintos cuerpos legales. Por tanto, vamos a intentar extraer una serie de presupuestos de tipo general que necesariamente, a carrera de la ley, se puedan utilizar para la gestión de la medida cautelar.

harán una serie de excepciones en cuanto a características de la medida o al régimen positivo que la regula, pero que aquí es naturalmente imposible detallar. Los dos presupuestos típicos de las medidas cautelares unánimemente admitidos por la doctrina son el *Fumus Boni Iuris* y el *Periculum Immora*. Junto a ello, han de incluirse como presupuesto otras circunstancias más bien condicionantes, pero que han de figurarse como tales en la adopción de una medida cautelar concreta, que es la fianza y la pendencia de un proceso principal. Referente a la apariencia de derecho o *Fumus Boni Iuris*, hemos de señalar que la prueba documental ha de aparecer como absolutamente necesaria para la adopción de la medida cautelar. Si no se acompaña un documento público o privado ejecutivo o no, será difícil apreciar el principio de prueba, pues incluso la prueba testifical habrá de aportarse en forma documental, aunque la unidad de trato no se traduzca. La unidad de trato no se traduzca igual en todos los supuestos.

Periculum en mora se viene tradicionalmente configurando como el daño marginal que puede derivarse del retraso inevitable dada la lentitud del proceso ordinario en la resolución definitiva. Como decía Calamandrei, si esta fuera instantánea, sobrarían las medidas cautelares. En realidad, más que un verdadero presupuesto, el *Periculum en mora* es el fundamento de estas medidas. Debe bastar la alegación de los hechos determinados de este peligro para la concesión de la medida cautelar, sin perjuicio de una demostración posterior de dichos hechos por parte del demandado al oponerse a la medida. La prestación de fianza como presupuesto de las medidas cautelares aparece solo subsidiariamente en el derecho positivo español. Pero, como dice el profesor Serra, al tratar del peligro se va abriendo modernamente camino a la tendencia favorable a dicha prestación para poder adoptar una medida cautelar. Parte de la doctrina ha querido ver que en la fianza perjudicial se puede adoptar una medida cautelar. Una nueva medida cautelar que garantiza la primera.

denominándola contracautela. La fianza garantiza los daños y perjuicios ocasionados por una medida cautelar previa, pero no anticipa sus efectos, ni tampoco es una nueva medida. Las contracautelas no son medidas cautelares, sino presupuestos de la efectividad y condiciones de la concesión, aunque en ciertos casos opere como presupuesto de la concesión de la medida. Lo cierto es que la fianza es acreedora de serias críticas

en nuestro derecho positivo, que convierten en la práctica las medidas cautelares en poderosas armas al servicio de litigantes de mala fe. Los ejemplos aquí podrían ser numerosos, pero innecesarios ante el simple postulado establecido. Por último, nos referiremos al último presupuesto que hablábamos, pendencia del proceso principal. ¿Simultánea esta pendencia o posterior? Naturalmente, la medida cautelar pende de un proceso principal operando a sí mismo como presupuesto de aquella. Con lo que se puede ver, la medida cautelar pende de un proceso principal operando a sí mismo como presupuesto de aquella.

la imposibilidad de adoptarse si el proceso no está iniciado. En ciertos casos, sin embargo, se permite anticipar la medida cautelar al proceso principal, constituyendo la pendencia del proceso, más que un presupuesto, una condición de eficacia de la medida cautelar concreta. De no iniciarse el proceso principal dentro de un cierto plazo, la medida cautelar queda sin efecto con imposición de costas e indemnización de daños y perjuicios. Sucintamente, por tanto, habéis visto lo referente a temas tan importantes como son la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares y los presupuestos de las mismas. Nuestro próximo guión, repetimos, se referirá exclusivamente a las medidas del artículo 1.428, que está muy sucintamente expuesto en la segunda unidad didáctica del derecho presencial y que deseamos ampliarlo por la importancia y la trascendencia del mismo, que contrasta con lo arcaico de la medida cautelar. Gracias.

detenido dicho precepto ampliando las líneas maestras pero esquemáticas de la unidad didáctica que nos ocupa.