Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

PRINCIPIOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

DEFINICIONES

Las medidas cautelares tienden a conseguir la eficacia de la gestión judicial, ya sea mediante el aseguramiento del objeto que se debate en el proceso o por medio de la garantía del cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. El fundamento que las afianza está en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo, hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, que obran como paliativos de los riesgos que puede conllevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial.

Al mismo tiempo, las medidas cautelares son un reaseguro para el Órgano Jurisdiccional, porque permiten resguardar el cumplimiento de las sentencias y así se tornan efectivos el proceso desarrollado y la acción judicial.

Pero el curso de actividades posibles no se reduce a este juicio hipotético de probabilidades. La función de las medidas cautelares no tiende a ser, simplemente, un medio de satisfacción de intereses que espera una respuesta jurisdiccional. En la dimensión del peligro que implica el tiempo en el litigio puede ser preciso cubrir necesidades inmediatas (por ejemplo, que se ordene garantizar el cumplimiento del acto electoral), o bien, que deba lograrse una paz social rápida, aun cuando sea provisoria (como aprobar el acto comicial aunque esté en conflicto el cómputo final del sufragio electivo); también sirve para resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por la falta de uso, la degradación posible o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

En suma, el tiempo incide directamente en los hechos del proceso y, de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si éstos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello no pueden cumplirse porque el objeto se

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

perdió, ese mandato es virtualmente ineficaz y fue dictado para una situación abstracta que, de manera oportuna, pudo preverse.

De este modo, las medidas cautelares tienen una finalidad preventiva y una conservatoria que Chiovenda interpretó con dos exigencias preliminares: justificación actual y asunción de riesgos. Es decir:

> En la medida provisional es pues necesario distinguir su justificación *actual […]* La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional;* pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable (Chiovenda 1977, 262).

Carnelutti también compartió la idea de lo que, de algún modo, significó ir contra el tiempo; una suerte de tutela dispuesta por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra la demora judicial (Carnelutti 1986, 412 y ss).

Tanto Chiovenda como Franceso Carnelutti exponen lo que fue la historia del procedimiento cautelar y la evolución de su naturaleza. Esto, en el derecho romano, no tuvo práctica ni interés a pesar de que había instituciones destinadas a fines precautorios o provisionales, como los interdictos, el *nexum,* la *cautio damni infecti,* la *missio in possessionem,* el *apud sequestrum,* la *pignoris capio*, etcétera, todos destinados a resguardar el crédito. Recientemente, con la codificación del siglo XIX, comienza a tratarse en forma sistemática y aparece tanto en la ley de enjuiciamiento civil como en la mercantil españolas. Pero antes que garantizar el crédito, la idea fue más preventiva; vale decir que se estableció un sistema de responsabilidades individuales que pesaban sobre el beneficiario de las medidas cautelares, de forma tal que cambió el régimen de la discrecionalidad judicial para la concesión o elección de la precautoria, para tolerar la tutela con la responsabilidad de quien la pidiera.

Éste es el primer tiempo, el del positivismo, que marcaba la regla de aplicar la ley o conceder aquello que estuviera reglado. El juez sólo elegía entre las opciones de la ley, igual que hacía el

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

interesado al formular la pretensión. Pero en el siglo XX se produjo otra innovación al dejar exclusivamente el procedimiento cautelar en manos de la jurisdicción. Se establecieron parámetros de análisis previo (urgencia y necesidad verosímil), aunque se mantuvo el afianzamiento como sistema de responsabilidad.

PRESUPUESTOS

De cierta forma, lo anterior pone de manifiesto el reconocimiento a la demora implícita del procedimiento y la imposibilidad de llegar a tiempo con la respuesta que se pretende. Además, la figura cautelar, como herramienta de la eficacia, adquiere un contrasentido con la afirmación relativa al carácter instrumental del proceso; si éste es el elemento de trabajo para la satisfacción de los derechos, lo cautelar es el instrumento del que se vale el proceso para garantizar su eficacia.

En consecuencia, así como el derecho de fondo y los derechos fundamentales usan el proceso como objeto de realización y aplicación de sus determinaciones, sólo puede ser resguardado por medio de otro instrumento, como lo son las medidas cautelares.

Habrá que recordar, en las definiciones preliminares del estudio, la verdad de este aserto, pues si las precautorias tratan de evitar los perjuicios que supone la demora en las actuaciones judiciales, tendrán que ser observadas, adecuadamente, las finalidades de cada una.

Cuando sea necesario detener el tiempo (por ejemplo, embargo preventivo, no innovar), anticiparse al mismo (secuestro, intervenciones, protección de cosas o personas), o simplemente acelerar (peligro de pérdida o desvalorización que autoriza la venta anticipada), siempre estarán de por medio la urgencia (peligro en la demora) y la necesidad (verosimilitud del derecho), de manera que para proceder con la pretensión se deberán evaluar ambos presupuestos y asegurar la afectación que sufre la otra parte mediante la imposición de fianzas o contracautelas.

Por otra parte, si las provisiones preventivas razonan acerca del derecho del que las pide, se debe zanjar el predominio mayor; esto

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

es, si corresponde al derecho material que se alega y fundamenta, o si basta, en su caso, con demostrar la urgencia y la presunción de buena fe que los códigos procesales delinean como presupuestos.

En este sitio de lo puramente cautelar, no podrá dejarse de ver el avance científico adquirido que, por su fuerza y convicción, logró conmover los cimientos teóricos y preparó el campo para un desarrollo nuevo, como fue la tutela de urgencia, que se introduce por vez primera en el artículo 700 del código italiano.

Éste es el segundo tiempo, el de la experiencia cautelar, que se debe, de algún modo, al peso de Carnelutti, que dividió el proceso cautelar en dos finalidades: instrumental, para resolver la finalidad del proceso y su objetivo de paz social (que no lo conseguiría si la sentencia fuera ilusoria); y final, destinada a garantizar los resultados prácticos de la sentencia (Carnelutti 1986, 45).

A partir de este ensamble entre la protección al derecho subjetivo (material) provisto en una etapa provisional, de carácter preventivo, y el resguardo anticipado de los derechos procesales que permitieran actuar en la ejecución de manera segura, surge una tercera escala en los objetivos de la tutela cautelar. Es el tiempo de los reaseguros, que se manifiestan en las más típicas tutelas rápidas o provisionales, pero que no son cautelares, propiamente.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRECAUTORIO

La elaboración siempre renovada de las medidas cautelares muestra que, comenzando desde la teorización de Calamandrei[1] hasta el presente, la evolución ocurrida señala etapas que inician con el aseguramiento del objeto del proceso (en cuyo caso no hay una pretensión cautelar, sino un objeto específico, que es la garantía de eficacia); continúa con la finalidad ejecutiva (que explana la posibilidad de resguardar la ejecución de la sentencia con medidas previas a ese objeto: embargo y secuestro); encuentra en el camino

[1] Piero Calamandrei es un reconocido jurista italiano, nacido en Florencia, históricamente conocido por sus aportaciones al derecho procesal. Junto con Francesco Carnelutti y Enrico Redenti, impulsó la creación del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, pieza insigne del derecho procesal en todo el mundo.

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

la incidencia de normas y previsiones especiales del legislador que provocan una tutela cautelar de naturaleza distinta (la cautelar material, inhibitoria, etcétera); sigue avanzando y aumenta los poderes del juez para actuar con prevención (tutela preventiva autónoma no cautelar) y urgencia (tutela de urgencia no cautelar), hasta los más actuales emplazamientos, como son las medidas de satisfacción inmediata (autosatisfactivas).

Todo este nuevo material de estudio hizo que en las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Roberto Berizonce sostuviera que:

> Las medidas cautelares materiales y los procesos urgentes abren un amplio abanico de interrogantes sin dilucidar, principalmente acerca de los presupuestos de admisión, sus efectos, las potestades judiciales y su prudente ejercicio y otros aspectos no menos sustantivos, que la doctrina más actualizada tematiza y a los que el legislador debería brindar pronta y eficaz respuesta. Sin olvidar la lúcida advertencia de Morello, que reclama poner límites para evitar el abuso de la tutela urgente, que termine por sustituir al proceso ordinario (Berizonce 1996, 646).

En este espacio de avanzada aparecen algunos procesos que reclaman la actuación cautelar fuera del marco tradicional que los engloba. La tutela diferenciada pide el derecho del niño, menor y adolescente; la mujer, con sus propios reclamos de igualdad y dignidad personal; el ambiente, que deja de ser un derecho abstracto para querer concretar una defensa preventiva que permita su recomposición inmediata y para evitar mayores perjuicios; y con igual grado de importancia los derechos electorales, que afianzan la seguridad de las personas para elegir y formar un gobierno representativo.

Es aquí cuando las cautelares empiezan a ser autónomas del conflicto que puede llevar a nulidades o confirmaciones; pero, en esencia, lo que se busca es demostrar que las medidas provisionales (tomadas en esta presentación como un sinónimo de precautoria) pueden funcionar antes de que el hecho se consume, ya sea

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

para que cesen los efectos o para impedir su continuación, pero siempre en forma previa a llevar el caso a un proceso judicial que por su condición obraría *ex post facto*.

PERFIL ACTUAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En la enseñanza dogmática se repite que el proceso cautelar es un procedimiento especial destinado a verificar la existencia de un derecho aparentemente bueno (verosimilitud) que, junto al peligro de postergar la decisión urgente (*periculum in mora*), admite el progreso de una precautoria específica. El riesgo de la parte contraria, que no es atendida para tomar esa rápida decisión, se cubre con la contracautela (fianza) que debe prestar el beneficiado.

Las decisiones cautelares tienen modelos particulares, según traten de:

1) Obtener decisiones provisionales que aseguren la eficacia del fallo dirimente cuando éste sea dictado.
2) Resguardar el objeto que provoca la discusión entre las partes para evitar que se pierda o destruya por el paso del tiempo.
3) Resolver un peligro inmediato haciendo cesar los efectos o manteniendo el statu quo, según corresponda.

Como se ve, éstos son los clásicos ejemplos que tienen los ordenamientos procesales de cualquier lugar, que en la actualidad evolucionan permitiendo el anticipo provisional y que no sólo es de conservación o aseguramiento porque se extiende a todo aquello destinado a dotar de seguridades inmediatas, con lo cual lo provisorio se torna autónomo en eficacia y distante de las soluciones finales que puede tener el proceso principal.

Estas medidas mostrarían, *prima facie*, que la pretensión cautelar autónoma, al menos teóricamente, deja de lado su parentesco con el juicio principal para ubicarse con un interés propio y específico. Habría, entonces, un derecho sustancial de cautela, muy común en la justicia preventiva, que insta al juez a estar atento a los pasajes y desventuras posibles del desarrollo procesal,

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

acompañando esos repliegues probables con las medidas necesarias y suficientes para atemperarlos. En este sentido, se aprecia que la providencia cautelar tiene un alcance claramente sustancial y, por tanto, extraprocesal (Carnelutti 1986, 205).

La doctrina europea del siglo XIX fue la que comenzó a elaborar esta teoría que admite un poder jurisdiccional cautelar independiente del que razona definitivamente y con efectos definitivos (cosa juzgada). Esa potestad se reconoce en el Código Procesal Civil Alemán (ZPO)[2] y en la tesis de Wach —después abandonada por él mismo (Wach 1962, 218)—, en la cual se verbaliza un derecho autónomo, o pretensión de tutela o aseguramiento, cuando se afronta el riesgo de empeorar la situación económica del demandado o es evidente su mala fe. En estos supuestos se podía plantear la fijación de cautelas o fianzas que, en caso de ser negadas, daban lugar al *arrest*. Esta modalidad no era más que realizar por una vía procesal el derecho al aseguramiento (Wach 1962, 44-5).

Cuando el derecho italiano aplicó en el Código Procesal Civil de 1940 el proveimiento de urgencia, el debate llevó a reconocer, entre el proceso preventivo y el cautelar, una relación de género a especie, en la cual el primero tuvo necesariamente un fin en sí mismo, con el que se pretende conjurar un daño que llegaba exclusivamente de la conducta extraproceso de la parte.

Habrá que recordar que la figura tradicional de lo cautelar puro (preventivo) fue el campo que mayor conflicto tuvo con la naturaleza jurídica, debido a las múltiples ocasiones en que la legislación agregó otras medidas y providencias que tenían funciones similares.

---

2 "Se permite la adopción de medidas de seguridad provisionales respecto del objeto litigioso cuando se tema que, por una modificación del estado actual, se podría frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte" (ZPO, artículo 935, citado en Wach 1962).
"El tribunal determinará, a su arbitrio, las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate. La medida cautelar provisional puede consistir en el secuestro o en imponer al adversario la obligación de realizar un acto o la de omitirlo, especialmente la prohibición de enajenar, grabar o hipotecar una finca" (ZPO, artículo 938, citado en Wach 1962).
"Se permite la adopción de medidas cautelares para regular un estado provisional respecto de una relación jurídica controvertida, si tal regulación especialmente cuando se trate de relaciones jurídicas permanentes, se estime necesaria para evitar perjuicios de consideración o actos de fuerza que amenacen o por otros motivos" (ZPO, artículo 940, citado en Wach 1962).

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

Por tanto, el análisis que se presenta, en realidad, corresponde a una etapa de depuración del concepto de tutela cautelar, porque el gran salto ya se había dado. Es decir, lo cautelar no es pura precaución para saldar el problema del tiempo en el proceso, sino una actividad complementaria o asegurativa de la ejecución de sentencia o del mismo juicio ejecutivo.

POLÉMICA DE LA EFICACIA AUTÓNOMA DE LO CAUTELAR

La polémica quedó instaurada. La posibilidad de actuar con medidas cautelares y conseguir resultados casi iguales a los de una sentencia favorable hizo cuestionar la legalidad.

El debate planteó posiciones distintas que afirmaron:

1) No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan.
2) El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva.
3) Existe un proceso cautelar por las características procesales como está dispuesto, en el que la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal.

Según parece, el carácter accesorio de las medidas cautelares, pese a contar con un procedimiento propio —anticipado o inserto en el litigio con el que concurren— no lleva una finalidad asegurativa propia. El concepto de un derecho sustantivo de cautela sería por demás discutible, pese a la identidad que se quiere descubrir con la tutela inhibitoria. Esto no priva la factibilidad de celebrar un proceso autónomo cuya única finalidad fuera la de obtener una medida de protección que no tuviera carácter provisional o precautorio, la que una vez lograda cumpliría la pretensión del interesado, y agotaría su cometido.

En este aspecto, la diferencia oportunamente hecha por Peyrano afirma que:

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

> Todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar […] es útil para demostrar la asimetría entre lo que es de esencia procesal respecto de aquello que encuentra otro fundamento de *iure* (Peyrano 1995, 132-4).

Es verdad que actualmente la parsimonia de la justicia lleva a exacerbar la tutela preventiva y propicia, antes que el proceso, el reaseguro de la ejecución (por el análisis de los referentes: tiempo, inversión y beneficios). También es cierto que, sobre los pilares del sistema cautelar, se han formado procedimientos de tipo preventivo autónomo —que incluso suelen identificarse como precautelares— que aparecen para remediar daños futuros o evitar perjuicios irreparables si no se actúa con urgencia.

Pero nada de esto significa que no sea propio de las medidas cautelares prestar un servicio de asistencia al proceso. Ésa es su finalidad, y todo el campo ganado en su efectiva prédica por la seguridad y la justicia corrobora, nada más, la enérgica respuesta que posibilitan.

La evolución alcanzada a partir de su modelo ha permitido debatir con amplitud si es posible tener un proceso con la única finalidad de conseguir la disposición de medidas provisionales de distinto carácter (preventivas, conservatorias o asegurativas, ejecutivas, de cumplimiento inmediato, etcétera), o si es mejor mantener su carácter accesorio de juicio central, al que accede y protege con sus medidas.

La doctrina más actual refiere un tránsito de las medidas cautelares hacia las autosatisfactivas (Pico 2002, 17); es decir, aquellas que pretenden dar solución urgente y autónoma a la situación subjetiva deducida en el proceso. Sin embargo, no hay coincidencia, pues otros argumentan que:

> No podrían ser consideradas como medidas cautelares, porque ellas se agotan en sí mismas, sin que existan a ese respecto las notas de instrumentalidad —entendida ésta como funcional a la seguridad de un proceso "principal"—. De este modo, para esta visión <tradicional> de la tutela cautelar, los procesos posesorios

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

> (como el interdicto posesorio), o ya una tutela inhibitoria que impida que sobrevenga una lesión a un derecho, o que obligue a cesar inmediatamente una actividad lesiva del derecho, no podrían ser consideradas, en ningún caso, tutelas cautelares (Bordalí 2001, 50-66).

En síntesis, será posible encontrar un procedimiento precautorio con presupuestos y condiciones de ejercicio, el cual se muestra instrumental y accesorio de otro al que sirve, pero ampliando cada vez más sus objetivos, ya sea con la extensión que tiene en manifestaciones de la denominada tutela de urgencia, o al darle mayor precisión y eficacia a las medidas genéricas que mejoran la aplicación del objetivo cautelar.

Actualmente, el modelo no es uniforme y está desformalizado. Apenas conserva como requisitos lo manifiesto del derecho y la urgencia por el despacho. Cada uno está presente en la diversidad de tutelas que el marco precautorio ofrece.

DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR

Cuando se ve más avanzada la doctrina es al referir un derecho a la tutela cautelar, porque desprende la naturaleza procesal para indicarla como una garantía o un derecho fundamental. Algunos lo fundan en el ámbito constitucional de la prestación de la tutela judicial efectiva. La obra de García de Enterría (1995, 275) se tomó como piedra de toque.

Por su parte, Chamorro Bernal dice que: "El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a éste" (Chamorro 1994, 286).

Así, los juristas españoles han desarrollado consistentemente esta idea que parece apropiada en el contexto de su estructura jurisdiccional, en la que el control de constitucionalidad tiene particularidades definidas.

Sin embargo, en una opinión personal, no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar con base en disposiciones constitucionales; en todo caso, la garantía que el proceso ofrece

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

como tal debe conseguir reaseguros de su eficacia, y ser éste el que reclama una colaboración y no el derecho de quien peticiona. Hay, es cierto, una revolución importante en el concepto que permite diseñar la trascendencia de lo cautelar a partir del derecho a la efectividad de las decisiones judiciales, pero no de forma explícita que sea lo cautelar una garantía autónoma.

Conviene darse cuenta del alcance que tiene la diferencia, porque en el problema anidan cuestiones que exceden la simple disposición del derecho. Dar relevancia constitucional propia a lo cautelar supone generar una cuestión de naturaleza fundamental que convierte en autónomo al derecho y en independiente al proceso que resulta de la pretensión. Es distinto valorar su importancia en el concepto global del debido proceso o afincarlo en las garantías del cumplimiento de la sentencia, pero lo cautelar puro (no sus variaciones y extensiones que tienen singularidad y perfiles propios, como la tutela urgente o las de satisfacción inmediata) no tiene naturaleza fundamental, como sí lo posee el proceso en el que se inserta y al que responde.

A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, y para elegir la discrecionalidad de las facultades, mas no es una tutela diferente que actúe con independencia del proceso en que interviene.

Es necesario apuntalar esta idea de eficacia, porque ahí se instalan las medidas cautelares. Éstas no son salvaguardas del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional. Si es necesario actuar el conocimiento o provocar la ejecución, el problema es similar a la cuestión que presenta un proceso ordinario: siempre depende de la pretensión que se formule. La subordinación de la tutela cautelar a los fines del proceso principal es la característica primordial de esta modalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El conflicto de interpretación surge cuando se siembran dudas acerca de qué es lo central en lo esencialmente precautorio. Buena parte de la responsabilidad que plantea lo cautelar se debe a las diferencias con que el derecho comparado resuelve esta cuestión.

La doctrina alemana considera que es subsidiaria de la ejecución forzosa; la italiana la confunde con otros trámites de carácter

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

preventivo, y la española sólo da importancia al embargo. Otras legislaciones cuadran las medidas en el plano de su procedencia ritual, para luego enumerar taxativamente los casos en que tienen cabida. A veces no existe tal númerus clausus, lo cual permite cualquier otra cautela que se solicite y que reciba tratamiento en el molde conocido como el más adecuado.

La confrontación de los institutos, con las finalidades que portan, muestra que hay diversidad de pretensiones. Algunos buscan resolver situaciones en las que el mismo derecho subjetivo está en crisis y urge una solución —provisoria— inmediata. Son los llamados procesos urgentes (interdictos, acciones posesorias, alimentos, incapacidad) que, por su especial manifestación coincidente con las precautorias, llevaron a fundar otrora la procedencia de un proceso cautelar autónomo e independiente. En Italia, por ejemplo, la ausencia de otras medidas, fuera del embargo, propició esa confusión.

En ocasiones, la tutela preventiva logra impedir eventuales perjuicios futuros. Se refiere a daños potenciales, absolutamente hipotéticos, pero sin referencia a la pretensión que moviliza un proceso cautelar. En éstos, la fuente de la precaución radica en el mismo objeto procesal que la acción postula.

El proceso se basta a sí mismo, a diferencia de la tutela jurisdiccional, en la cual además de alegar la lesión de un derecho, la medida que se ordena no es definitiva —sino provisional— y depende de otro proceso. La sentencia alcanzada dirime definitivamente la litis en los procesos preventivos; en cambio, en los cautelares se auxilia al proceso principal.

En síntesis, pese a las confusas construcciones de cada legislación, la influencia de los modelos europeos en la ley latinoamericana y la evolución ocurrida, se puede llegar a conclusiones distintas a las que hasta hoy se han escrito.

SATISFACCIÓN PREVENTIVA

El fenómeno que se avizora impulsa una renovación en el diseño de las providencias cautelares que, trabajando en la función tuiti-

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

va que de ellas se espera, puede instalar un concepto extensivo —dinámico si se prefiere—, lo cual demuestra así que la tutela cautelar no es una mera construcción científica.

Este avance no es nuevo si se ven las inhibiciones que se podían disponer en el Código Sardo, que tuvo a Franz Klein como fuente de inspiración; pero se entendió que era demasiado riesgoso y quizá por eso fue que en el código italiano de 1865 desaparecieron las inhibitorias y el poder cautelar general del juez, para ser remplazados por el sistema de las medidas cautelares típicas.

Este modelo se mantuvo en el código de 1942, que bien pronto sufrió los embates del foro, hasta llegar a la crisis que obligó a replantear los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, por la necesidad de un modelo de urgencia. De este modo, Italia encontró en la tutela de urgencia un rol distinto al de las cautelares típicas, y provocó en el derecho comparado las primeras experiencias de la anticipación inmediata del resultado final.

La dimensión de lo cautelar, en definitiva, tiene que puntualizar sus alcances. La transformación de lo cautelar en posibilidades de actuación jurisdiccional menos definidas por la legislación, pero factibles en el marco de los poderes-deberes de la función judicial, interviene para reclamar certidumbres cuando existe la posibilidad de ordenar sin ley que lo admita. O bien, deja en claro que los principios generales sirven para cubrir las lagunas normativas, todo con la finalidad de que el procedimiento preventivo pueda revertirse en anticipos jurisdiccionales o en el aseguramiento puro de una sentencia probablemente favorable.

Por eso, las medidas de prueba anticipada pueden ser cautelares cuando la coincidencia se expresa con el objeto de preservar la eficacia del medio que adelante el tiempo de producción; pero es diferente, porque las condiciones de admisión no son las mismas ni se relacionan entre sí. Es decir, no es la verosimilitud del derecho lo que autoriza la prueba *ante tempus*, sino el riesgo de perder la oportunidad de practicarla cuando corresponda, lo que tiene simetría con el peligro en la demora.

Cuando el paralelo se pone con la provisión de medidas de resguardo para la ejecución forzosa, la distancia es muy clara, porque

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

lo compatible es el aseguramiento, aunque los moldes sean desiguales. Uno trabaja con la fehaciencia del título que autoriza la prevención; los demás, con los presupuestos objetivos tradicionales.

En la actualidad, la tendencia a ejecutar provisionalmente la sentencia de primera instancia (con o sin fianza) acentúa la semejanza entre el instituto y lo cautelar; de todos modos el fin es disímil, porque el primero tiende a la seguridad de lo resuelto que se cumple de inmediato, aunque pueda ser revertido, y lo precautorio mira al futuro sin pretender que se cumpla ya con el objeto; en todo caso, si lo hace, no será cautelar, aunque pueda ser urgente.

El anticipo de la sentencia resuelto no por la urgencia, sino por las condiciones que lo hacen posible (por ejemplo, alimentos provisorios urgentes, sentencia ejecutiva, desalojo anticipado), puede ser cautelar, como lo señaló Calamandrei (1945, 105) al advertir que hay en ellas una satisfacción parcial de la pretensión; pero no lo es porque en realidad constituye una sentencia provisional a la que le faltan los caracteres esenciales de las providencias cautelares y, sobre todo, el carácter hipotético que las distingue (Calamandrei 1945, 106).

La sentencia anticipatoria, resuelta en el modelo de la tutela urgente, no es una variación del mecanismo precedente, sino una posibilidad propia que se funda en presupuestos de hechos que, basados en lo manifiesto de la urgencia para resolver y en lo expresivo del derecho en que se apoya, permiten adoptar una decisión anterior al tiempo normal de las etapas preclusivas del procedimiento, dando una respuesta provisional que beneficia al que lo pide. Este sistema lo tiene Italia, y lo recogió Brasil en el artículo 273 de la Ley 8950 (Marinoni 1998b, 255; Falcón 2008, 489).

La diferencia es tenue con la sentencia anticipatoria, pero tiene distancias significativas, las cuales sugieren distinguirlas también de la tutela inhibitoria de carácter preventivo y de la cautela material, en la que la sentencia resuelve acerca del mérito, sin que se pueda retrotraer, a cuyo efecto se exige la prestación de contracautela y un severo control judicial (Falcón 2008, 489).

En síntesis, las medidas cautelares resguardan los fines del proceso principal, y éste es admisible y procedente cuando se cumplen

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/wGu9og

requisitos propios. Entre esas finalidades puede estar lo esencialmente preventivo, pero esta función encuentra extensiones que, sin ser precautorias en el sentido de la teoría cautelar, trabajan con fines independientes y no tienen subsidiariedad con nada, salvo con la propia misión que persiguen.

Cada una de ellas constituye mecanismos preventivos, y se verán en el apartado siguiente.

DR © 2014. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación