



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

Constantino Rivera, Camilo

EL PROCESO CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 254-277

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL PROCESO CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

PREVENTIVE ACTION IN THE MEXICAN CRIMINAL ACCUSATORY PROCESS

Camilo Constantino Rivera*

a Erika Bardales Lazcano

RESUMEN

Se realiza un estudio de la naturaleza jurídica del régimen cautelar y se repasan los criterios que la doctrina ha desarrollado sobre el carácter independiente o instrumental de las medidas cautelares. Se repasan las categorías esenciales que conforman la teoría de las medidas cautelares, sus presupuestos y principios informativos. Con el uso de las categorías esenciales del régimen cautelar se aborda el tratamiento normativo de las medidas cautelares en el proceso penal mexicano, en pleno proceso de reforma.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal, régimen cautelar, medidas cautelares.

ABSTRACT

A study is made on the legal nature of the preventive action system and an analysis of the criteria that the doctrine has developed over precautionary measure procedures of both an independent or instrumental character. The essential categories of the theory of preventive actions are reviewed from presupposition, and informative principles. With the use of the essential categories of the preventive action regime which addresses the standard treatment of the Mexican precautionary measure delinquent procedure in a complete reform process.

KEY WORDS: Criminal proceedings, precautionary measure, preventive actions

* Profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Recibido: 8.09.2009. Aceptado: 15.10.2009.

SUMARIO

1. El proceso cautelar
 - i) Naturaleza jurídica del proceso cautelar
 - ii) Proceso y procedimiento cautelar
 - iii) El proceso cautelar y los procesos cautelados
 - iv) Teoría de la autonomía del proceso cautelar
 - v) Principio de universalidad de aplicación
 - vi) La demanda en el proceso cautelar
 - vii) *Inaudita altera pars*
2. Las medidas cautelares
 - i) Definición y naturaleza jurídica de la medida cautelar
 - ii) Características de las medidas cautelares
 - iii) Presupuestos de las medidas cautelares
 - iii1) Verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*)
 - iii2) Peligro en la demora (*periculum in mora*)
 - iii3) Contracautela
3. Clasificación de las medidas cautelares
 - i) Eminentemente ejecutiva
 - ii) Postura de Eduardo J. Couture
 - iii) Clasificación de las medidas cautelares conforme a Alsina
 - iv) La opinión de James Golsdchmidt
 - v) Podetti y las medidas cautelares
 - vi) Clasificación de las medidas cautelares conforme a Calamandrei
 - vi1) Providencias instructorias anticipadas
 - vi2) Facilidad práctica de una futura ejecución forzada
 - vi3) La urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo
 - vi4) Providencias caucionales
4. Toma de postura

255

1. El proceso cautelar

A continuación haré un análisis de las implicaciones que tiene el proceso cautelar en la práctica forense, así como los principios rectores de estas medidas. Asimismo, considero que el derecho mexicano debe adoptar la teoría autónoma de las medidas cautelares, y de esta forma, lograr una eficacia, sobre todo en el ámbito de los medios preparatorios a juicio.

i) Naturaleza jurídica del proceso cautelar

La función jurisdiccional se desenvuelve a través del instrumento jurídico instituido por la ley para resolver conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, es decir, a través del proceso. Pues bien, el proceso, como vehículo o medio de expresión de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes, tiene tres finalidades establecidas por la doctrina: el proceso de cognición, de ejecución y de cautela.¹

– *Cognición*: se lleva ante el juez de control y el tribunal oral. Formulación de la imputación (investigación), formulación de la acusación (persecución).

– *Ejecución*: Inicia con la sentencia, y concluye con el cumplimiento de la sanción.

– *Cautelar*: Preprocesal (anterior a la formulación de la imputación) e intraprocesal (entre la formulación de la imputación y la sentencia).

El proceso cautelar es aquel proceso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional firme y emergente de un proceso de cognición, de un proceso ejecutivo e incluso de un proceso no contencioso, en aplicación del principio de universalidad de aplicación.

De acuerdo a los distintos códigos de procedimientos, toda medida cautelar está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Desde una perspectiva dinámica la expresión “proceso cautelar” se usa para indicar el fenómeno del desenvolvimiento de la función jurisdiccional, cuando ésta se dirige a emitir decisiones cautelares.

Ugo Rocco sostuvo respecto del proceso cautelar: “Cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referirnos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente acaso como un momento o una fase incidental, en otra forma, de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de condena.”²

La opinión sustentada por el procesalista italiano limita el ámbito del proceso cautelar como garantía de los procesos de cognición; sin embargo, estudios posteriores amplían los alcances de las decisiones cautelares proyectándolas a garantizar y asegurar la satisfacción misma del derecho reconocido judicialmente o dispuesto por la ley.

¹ FALCÓN, Enrique, *Proceso de conocimiento*, t. I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 15. Este procesalista argentino hace un estudio detallado de cada finalidad de la función jurisdiccional en tres extraordinarias obras.

² Rocco, Ugo, *Tratado de derecho civil*, t. V, Editorial Temis, Bogotá, 1977, p. 8.

El proceso cautelar cumple con los siguientes principios procesales:

- 1) *Jurisdiccionalidad*: Todo proceso cautelar debe estar controlado o legitimado por un juez (juez de control).
- 2) *Igualdad (equidad procesal)*: Las partes procesales tienen las mismas oportunidades de solicitar o contra-argumentar la procedencia de cualquier medida cautelar.
- 3) *Buena fe y lealtad de las partes*: Toda parte procesal se conduce con probidad en sus actuaciones, con manifestaciones de verdad; salvo prueba en contrario. Para la procedencia de una medida cautelar, el sujeto se legitima con la asistencia de la razón.³
- 4) *Economía procesal (celeridad, unidad y uniinstancialidad)*: La celeridad se entiende como economía de gastos, la unidad se entiende como economía de costos, y la uniinstancialidad como economía de actuaciones.
- 5) *Contradicción*: A toda acción le corresponde una reacción, es decir: a toda actuación del demandante, le corresponde una manifestación del demandado para poder señalar a lo que a su derecho convenga.⁴
- 6) *Depuración procesal*: La depuración procesal es un mecanismo técnico que consiste en eliminar formalismos de bagatela y dar una eficacia procesal.⁵ Este principio procesal tiene como objetivo principal que el cautelado responda de manera inmediata y sin mayor trámite a las exigencias del actor (Ministerio Público, o la víctima).
- 7) *Congruencia*: Externa: Toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones del demandante (MP, víctima u ofendido), el derecho invocado y el grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido. Interna: La medida cautelar debe ser uniforme en la resolución emitida por el juez de control.⁶
- 8) *Confidencialidad/publicidad*: Las providencias precautorias se deben otorgar de manera confidencial, donde se escucha sólo al demandante de la medida;⁷ en el caso de las medidas cautelares, éstas se otorgan previa audiencia de partes.⁸ Dicho sea brevemente: la providencia precautoria procede antes de la formulación de la imputación ante el juez

³ Por ejemplo, en un asunto de violación, la víctima dice la verdad, para someter al indiciado a una investigación judicial con medida cautelar consistente en prisión preventiva oficiosa.

⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Editorial EJE, Buenos Aires, 1965, p. 85.

⁵ CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Economía procesal*, Editorial Ma Gister, México, 2006, p. 66.

⁶ A esto se le llama universalidad de aplicación.

⁷ Vgr. arraigos, cateos, intervenciones, aseguramientos, detenciones.

⁸ Vgr. prisión preventiva, garantía económica, internamiento domiciliario, abstenciones o abandono de domicilio.

de control. La medida cautelar se impondrá una vez que se ha comunicado la teoría del caso al imputado.

- 9) *Inmediación:* En el otorgamiento o en la revisión de las medidas cautelares, el juez de control debe interactuar con las partes procesales.
- 10) *Disposición procesal:* Las medidas cautelares están a disposición de ser imploradas por cualquiera de las partes que tengan interés jurídico de que se asegure un determinado bien, servicio, derecho o persona. Esta disposición debe estar facultada de manera expresa por ley procesal.

ii) Proceso y procedimiento cautelar

El procedimiento cautelar indica la serie de actos que se suceden según un orden cronológico, previamente establecido por las normas de derecho procesal desde el momento de inicio del fenómeno hasta su finalización.

Es importante hacer notar la diferencia entre proceso y procedimiento. Enrique VESCOVI sostuvo una opinión acertada al afirmar que “el proceso es el conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etcétera) y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica”⁹ En tanto que el procedimiento debe entenderse tan sólo como medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso.

Actualmente es posible distinguir entre uno y otro término, merced a los estudios científicos efectuados a partir del último tercio del siglo pasado. La idea del proceso es unitaria, se conecta íntimamente con la función jurisdiccional. El procedimiento alude al fenómeno externo, a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la jurisdicción, en suma los sujetos del proceso; conforme a los parámetros preordenados por la ley procesal.

Pues bien, en aplicación analógica de los conceptos citados, se infiere que el proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la ejecución de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado. En tanto que el procedimiento cautelar es el aspecto externo, o conjunto de trámites que permiten la realización de los actos procesales cautelares y por consiguiente del proceso cautelar mismo.

⁹ Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 103.

iii) El proceso cautelar y los procesos cautelados

La expedición del auto cautelar de admisión o rechazo de la medida cautelar solicitada, requiere de una cognición sumaria y los fundamentos de hecho y derecho, así como los medios probatorios contenidos en la demanda. Esta actividad y decisión jurisdiccional debe tener en cuenta además la concurrencia de otros elementos esenciales, como la apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*); ejercicio de razonamiento jurídico de naturaleza cognitoria destinada a facilitar la expedición de la resolución cautelar positiva o negativa.

Es posible sostener que el auto cautelar, para su expedición, exige del juez la realización de una actividad cognitoria extremadamente sumaria y contingente, puesto que la confirmación del acierto de tal decisión sólo será posible cuando se expide la sentencia correspondiente o provisoriamente cuando se confirme o revoque el auto en el caso de ser apelado.

El auto cautelar expedido antes del inicio del proceso cautelado o principal siempre está relacionado con un proceso cognitorio o un proceso de ejecución. Por disposición legal, ejecutada la medida cautelar antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los quince días posteriores a dicho acto.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o si es rechazada, la medida caduca de pleno derecho.¹⁰ Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere una nueva tramitación.

La naturaleza instrumental del proceso cautelar determina que el auto cautelar positivo se expida siempre en relación con un proceso cognitorio (sumarísimo, abreviado o de conocimiento). Empero, tal decisión cognitoria, también se expide en relación con un proceso de ejecución en su forma ejecutiva o un proceso de ejecución de laudo arbitral firme.

También se expide para-cautelar una pretensión contenida en un procedimiento no contencioso. Debe tomarse en cuenta que estas medidas se inician antes del proceso al cual cautela o garantiza.

¹⁰ Cfr. con la figura de separación de cuerpos, que es una medida cautelar personal, por excelencia. Nótese que si la parte que ha solicitado esta separación, no inicia el procedimiento dentro de los quince días siguientes, tiene por precluido su derecho y la medida se extingue.

iv) Teoría de la autonomía del proceso cautelar

Existen diversas posturas que consideran al proceso cautelar como autónomo, mientras que otras teorías consideran a las medidas cautelares como una parte accesoria del proceso principal.¹¹

Es importante tomar en cuenta que los actos procesales individuales no conforman un proceso; sin embargo, de acuerdo con la postura autónoma, es el principio de sucesión en los actos el que da el nombre al proceso.

La obtención de una medida cautelar es el resultado de un conjunto de actos de las partes, del órgano de jurisdicción y de sus auxiliares, orientados a asegurar el cumplimiento de una obligación, aun no reconocida por el órgano jurisdiccional, o a evitar daños, guarda de un menor, o cualquier otra medida que en suma, asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

Los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo no sólo porque se forme un cuaderno especial, sino porque la efectividad de una medida cautelar constituye antícpo y garantía de una decisión definitiva posterior, todo lo cual es posible merced a la autonomía de proceso cautelar.

La eficacia y éxito de una decisión definitiva, dentro de un contexto de riesgo e incertidumbre, está subordinada a la efectividad del proceso cautelar. Evidentemente que los matices y alcances de éste, exigen estudios de mayor proyección.

La autonomía de los diversos procesos puede ser entendida únicamente dentro de su mutua correspondencia y complementariedad. En este sentido, todo lo resuelto en los procesos principales no logra una verdadera eficacia si no es a través de un proceso de ejecución de resoluciones judiciales; pero ambos eliminan cualquier incertidumbre respecto a la eficacia de la ejecución mediante el proceso cautelar, a través de una medida cautelar determinada.

Los nexos y complementaciones entre los procesos son inobjetables; no obstante, debe precisarse que no todos los procesos requieren de medidas cautelares.

La acción con pretensión cautelar existe igual que una acción con pretensión de condena, constitutiva o declarativa. Se trata de la facultad procesal que la ley concede al demandante, al demandado y aún al Ministerio Público.

El proceso cautelar no constituye el apéndice de un proceso determinado,

¹¹ En el caso del derecho procesal mexicano, la mayoría de los códigos de procedimientos adoptan la postura accesoria de las medidas cautelares, pues si el proceso se queda sin sustancia, la medida cautelar pierde su vida en la realidad jurídica.

sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso. No existe un proceso cautelar específico, su carácter instrumental le otorga universalidad de aplicación por lo que podrán adoptarse medidas cautelares en cualquier proceso, sea éste contencioso o no contencioso.

El procesalista florentino Piero CALAMANDREI sostenía: “Yo pienso, por el contrario que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de la ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales [...] la definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos estén preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder el puesto a los efectos de la providencia principal.”¹²

Por otro lado, el procesalista argentino Ramiro PODETTI sostenía la postura contraria de las medidas cautelares al argumentar: “El concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesidad (*sic*) relación a su unidad, puede llevar a serias confusiones. No existe, a mi juicio, una acción cautelar (en sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva [...] En mi concepto, pues, hablar de la autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su unidad conceptual y funcional: la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática.”¹³

La función jurisdiccional de cautela se diferencia de las demás por constituir un pronunciamiento anticipado del previsible resultado de un proceso actual o futuro, garantizando directa o indirectamente la eficacia de la resolución final favorable pronunciada en el proceso.

Del mismo modo, la función jurisdiccional de cautela se manifiesta a través de una resolución expedida y ejecutada sin audiencia del afectado, lo que revela otra particularidad que la distingue de otras manifestaciones jurisdiccionales.

La autonomía del proceso cautelar logrará una coherencia si se estudia dentro de su unidad conceptual.

¹² CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial EEA, Buenos Aires, 1963, p. 45.

¹³ PODETTI, Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral, Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, Ediar Editores, Buenos Aires, 1956, pp. 15-17.

Así como no existe proceso cautelar específico, debido a su universalidad de aplicación, del mismo modo no existe proceso cautelar sin su necesaria relación con otro proceso iniciado o por iniciarse, cuya pretensión cautelar, por consiguiente, pueda pronunciarse por la autonomía del proceso cautelar o propugnarla, ya que implicaría afirmar su unidad funcional y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática, tal como lo sostiene el procesalista argentino Ramiro PODETTI.

Finalmente, si la finalidad pública o mediata del proceso (llamada abstracta por el legislador) es lograr la paz social en la justicia, el proceso cautelar es el medio más eficaz para hacer realidad tal propósito, evitando que se tomen ilusorios los fallos judiciales, salvaguardando la credibilidad de la función estatal en lo que a servicio público se refiere.

Probablemente la demostración más difícil de la existencia de la autonomía de la acción cautelar está dada por el caso de una demanda infundada.

En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión; esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar, en consecuencia, su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, pues tiene vida propia.

Algunos autores sostienen que la evidencia de la autonomía del proceso cautelar se visualiza en la posibilidad de solicitar, obtener y ejecutar una medida cautelar antes de iniciado el proceso.

Particularmente se sostiene que la autonomía del proceso cautelar se define por las siguientes características:

- 1) El proceso cautelar se emite por resolución diversa al proceso de cognición. Por ejemplo: se formula imputación, pero no se pide orden de aprehensión.
- 2) El proceso cautelar tiene como objeto auxiliar a la tramitología en el proceso de cognición, pero ello no significa el éxito o desventura de dicho proceso.
- 3) El proceso cautelar tiene efectos extensivos, es decir, no sólo abarca a las partes procesales principales, sino a terceros.

v) Principio de universalidad de aplicación

Dado el carácter doblemente instrumentado del proceso cautelar, y debido a su propia naturaleza, es posible sostener que el proceso cautelar puede ser aplicado a distintos procesos, independientemente de su carácter contencioso o no.

Al afirmar la autonomía del proceso cautelar, se evidencia precisamente en la posibilidad de poder servir a todos los procesos sin pertenecer antológicamente a la estructura de ninguno de ellos.

En algunos códigos de procedimientos el principio de la universalidad de aplicación subyace en toda regulación normativa inherente al proceso cautelar.

En el caso de la materia penal, aun con el otorgamiento de la suspensión del proceso penal a prueba (donde la litis se dirime), la medida cautelar sigue surtiendo efectos, cuando se trata de naturaleza económica o preventiva.

En el ámbito contencioso, la aplicación de la medida cautelar abarca la continuidad del proceso de cognición, el aseguramiento de la sanción penal (pena o medida de seguridad), así como la garantía en materia de reparación del daño.

vi) La demanda en el proceso cautelar

Quien implore una medida cautelar en su beneficio, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar (excepto en alimentos, donde sólo basta la protesta de decir verdad).
- 2) Señalar la forma de la medida cautelar.
- 3) Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida cautelar, y el monto de su afectación.
- 4) Ofrecer contracautela.
- 5) Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso.

La demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, no es un simple documento dirigido al órgano jurisdiccional; por el contrario, es un típico acto jurídico procesal con una pretensión que supera a la formulada en un proceso contencioso, excedente en oportunidad al momento de expresión de la sentencia del proceso al cual garantiza.

Asimismo, no puede descartarse la existencia de contienda o litigio. El auto cautelar contiene la decisión judicial para efectuar bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material. El auto cautelar, también conocido como providencia cautelar, es pronunciado y ejecutado *inaudita pars*, por la naturaleza y finalidad especial del proceso cautelar, lo que no puede implicar la negación del derecho a la defensa, puesto que el afectado ejercita su derecho de contratación luego de ejecutada la medida.

La solicitud de la medida cautelar constituye un típico y especialísimo acto de postulación procesal, donde evidencia un pedido de tutela jurisdiccional, afecta derechos y bienes del obligado; por consiguiente, la denominación normativa se trata de una demanda y no de una solicitud.

vii) Inaudita altera pars

El deudor, por lo general busca disminuir su patrimonio en forma real o simulada, voluntaria o de mala fe; de ahí que la medida cautelar se admite y se ejecute de sorpresa, sin conocimiento preciso, es decir, se hace la sustanciación *inaudita pars*, y el acto de notificación tiene lugar luego de ejecutada la medida.

Al término de la ejecución o en el acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado la medida cautelar, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación o incidente, pero sin efecto suspensivo.

La medida cautelar del proceso, sin excepción alguna se admite y se ejecuta sin audiencia previa del afectado.

En el caso del proceso penal acusatorio, el otorgamiento de una orden de aprehensión se hace en audiencia donde se escucha únicamente al Ministerio Público.

La carpeta de investigación llevada a cabo por el Ministerio Público debe ser reservada o confidencial. No con ello implica violaciones a la garantía de audiencia o de oportunidad de defensa, pues el indiciado tendrá acceso a todos los datos para contrarrestarlos frente al juez de control. Dicho de otra manera, la intervención del gobernado es una actividad jurisdiccionalizada, aun cuando se siga la etapa de investigación.

La eficacia y éxito de la medida cautelar depende precisamente de este tipo de tramitación. Esta forma de tramitación no implica la negación del derecho de defensa del afectado, pues éste se manifiesta después de la ejecución con la eventual interposición del recurso de apelación, incidente de reducción o cualquier otro medio de defensa que contemple la ley.

La medida cautelar puede otorgarse sin previa oportunidad de escuchar a la parte contraria alguna manifestación de lo que a su derecho convenga, y no por ello constituye una violación a la garantía de audiencia. Esta actividad precautoria se hace con fines de garantizar o asegurar bienes y personas.

Es verdad que la admisión y ejecución de la medida cautelar se tramita con total ausencia del contradictorio, pero ello no implica su eliminación o negación, ya que surge al ejecutarse la medida al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior.

El *inaudita pars* es contrarrestado con la contracautela, en que su oportunidad tendrá que servir para garantizar los eventuales daños y perjuicios que la ejecución de la medida cautelar genere, siempre que se desestime la demanda del proceso principal.

2. Las medidas cautelares

El término “medida” se conceptualiza en un sentido práctico. La medida cautelar, por consiguiente, es la decisión cautelar ejecutada que presenta características peculiares, según el tipo de proceso al cual cautela, y ello explica precisamente, que la medida cautelar será variable. En otras palabras, la medida cautelar es la decisión jurisdiccional positiva debidamente ejecutada.

Asimismo, sostener que la medida cautelar es la “decisión cautelar ejecutada”, no es tan sencillo como parece, ya que el punto de referencia a partir del cual se debe estudiar el tema, dará lugar a las “denominaciones cautelares especiales”, y Ramiro PODETTI se pronunció al respecto: “Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si es en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas proceso o procedimientos cautelares; y si es por la resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, con ninguna de estas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, como veremos en seguida, pueden dar lugar a equívocos.”¹⁴

Al explicar la motivación por la cual resulta más adecuado emplear la denominación de “medida” en vez de “providencia”, PODETTI afirma que dicho sustantivo (medida), da idea del mejor objetivo y del resultado.

Si bien, el vocablo “medida” significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

i) Definición y naturaleza jurídica de la medida cautelar

265

La doctrina y la legislación no son uniformes para explicar el término o denominación que se utiliza, pues a un sustantivo (medidas) se le agregan diversos adjetivos calificativos o voces que lo califican: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares, previas, preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela, o cautelares. Así por ejemplo, Giuseppe CHIOVENDA las llamó “medidas

¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

provisionales de cautela o conservación”; GOLDSCHMIDT las denominó “medidas provisionales de seguridad”. REDENTI los denomina “procedimientos cautelares”; ZANZUCHI “medidas cautelares, conservativas o asegurativas, provisorias o interinas”; CALAMANDREI las llama simplemente “providencias cautelares”.

De acuerdo a CHIOVENDA,¹⁵ las medidas cautelares se determinan por el peligro o urgencia, y son llamadas provisionales, cautelares o de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la naturaleza del bien que se pretende.

El procesalista argentino Raúl MARTÍNEZ BOTO,¹⁶ afirmó que las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse en el proceso, o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie* verosímil, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.

Finalmente, la medida cautelar se puede definir como una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.

ii) Características de las medidas cautelares

Toda medida cautelar tiene las siguientes características generales:

- a) *Instrumentalidad.* Constituye el rasgo más importante del derecho procesal. El proceso no tiene un fin en sí mismo, su objetivo es servir de medio para la actuación de la ley o derecho sustantivo. De la misma forma, la medida cautelar está siempre subordinada a un fallo definitivo, incluso cuando procede al proceso cautelado, siempre que existe en función del fallo definitivo.
- b) *Provisionalidad.* Las medidas cautelares son provisorias porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron. Solicitada y otorgada la medida cautelar antes de iniciarse el proceso definitivo o en el transcurso de éste, debe caducar con la sentencia definitiva que actúe

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 280.

¹⁶ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 28.

el derecho motivo de aquélla.¹⁷ El carácter provisional de la medida, y por ende del proceso cautelar, se encuentra regulado en el Código de Procedimientos, y contextualmente se sostiene que resuelto el proceso principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo el apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar. El carácter provisorio de una medida cautelar se puede manifestar en el hecho de que su rechazo no implica que no pueda nuevamente ser solicitada en el mismo expediente, en el principal, en un cuaderno incidental o en un expediente autónomo.

- c) *Flexibilidad.* También se conoce como mutabilidad, y consiste en el hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida, o sustituidas a solicitud del afectado. Ramiro PODETTI¹⁸ sostuvo que ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir con sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse. Por ello, conforme a la dinámica del proceso, el desarrollo de las audiencias, la actuación de los medios probatorios, entre otras circunstancias, determinan que la inicial apariencia del derecho invocado se intensifique o aminore, y ello puede dar lugar a que se solicite la variación de la medida cautelar, adecuándose así a la nueva situación del derecho controvertido. La extensión definitiva de la medida cautelar, por esta razón, es independiente de la petición inicial.
- d) *Contingencia.* Las medidas cautelares cumplen con una función asegurativa; sin embargo, es posible que dichas medidas cumplan con creces su objetivo, circunstancia que se ve confirmada cuando se ampara la pretensión cautelada y tramitada en el proceso principal. Asimismo, puede igualmente suceder que la medida cautelar, amparada para garantizar la eficacia de una decisión correspondiente a un proceso principal, no pueda finalmente cumplir su propósito al declararse infundada la demanda a la que debía asegurar.

La idea de contingencia, como atributo de las medidas cautelares, fue introducida por el procesalista florentino Piero CALAMANDREI, quien sostuvo: “Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias

¹⁷ OTTOLENGHI, Mauricio A., *Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1946, p. 513.

¹⁸ PODETTI, *Op. cit.*, p. 25.

frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienen ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelve más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas de proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente.¹⁹

III) Presupuestos de las medidas cautelares

Los presupuestos o condiciones para la obtención y amparo de una medida cautelar son los siguientes:

- a) Verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*).
- b) Peligro en la demora (*periculum in mora*).
- c) Contracautela.

III1) Verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*)

El *fumus boni iuris*, traducido literalmente quiere decir “humo de buen derecho”, más en su aceptación semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior del derecho.

La acreditación de los hechos expuestos por las partes con el propósito de producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, a efectos de permitirle pronunciar su decisión final, exige el agotamiento de un conjunto de actos procesales que, por lo general, se desarrollan en estricto respecto del contradictorio; eso es, con la participación o posibilidad de hacerlo, de ambos sujetos del interés en litigio; sin embargo, para cumplir con este propósito, se tomaría como ilusorio el cumplimiento o ejecución de la sentencia, si es que no se adoptan medidas de prevención o aseguramiento.

El amparo de una solicitud cautelar por la razón expuesta ante el tenor de la frustración o la urgencia de la medida, exige disminuir o suprimir la cognición extensa o lata, y sustituirla por la cognición sumaria. De ahí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, de modo que proporcione la verosimilitud del derecho, que en ciertas circunstancias,

¹⁹ CALAMANDREI, *Op. cit.*, pp. 43-44.

pueda resumirse que existe, y por último, pueda admitirse su existencia ante la afirmación del actor, avalada por una buena contracautela.

Desde una perspectiva dinámica, puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia, o presunción de la existencia de intereses sustanciales. No se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales.

De conformidad con CALAMANDREI, la cognición cautelar se limita, en todos los casos, a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; pues en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar.

El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza, sino de hipótesis: solamente cuando se dicte providencia principal, se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.²⁰

El llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial.²¹

III2) Peligro en la demora (periculum in mora)

No existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación *prima facie*, o se presuma por las circunstancias del caso.

La condición para dictar una medida preventiva es el temor a un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho. Por esta razón, las decisiones cautelares pueden ser revocadas, modificadas o confirmadas.

El juzgador, al calificar la demanda cautelar, ejecuta una actividad cognoscitiva sumarísima respecto a la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad del daño; asimismo, el juez debe examinar si las circunstancias de hecho por las pruebas aportadas, dan serio motivo para temer el suceso

²⁰ *Ibid.*, p. 77.

²¹ Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. v, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 48.

perjudicial, o en la hipótesis de que el caso es urgente, y por tanto, existe la necesidad de amparar la presunción cautelar.

Para Ugo Rocco, la urgencia se funda en el peligro en el derecho procesal, pues no puede ser otra cosa que la potencialidad o idoneidad de uno de tales hechos que ocasionan el sacrificio o la restricción, ya sea de un derecho o interés de derecho sustancial, o simplemente un derecho o interés de derecho procesal.²²

Finalmente, el llamado *periculum in mora* no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional, de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (declaración de certeza de una situación peligrosa), puesto que se trata de una valoración subjetiva de la posibilidad o probabilidad de un daño, que implica previsión (previsibilidad del daño).

III3) Contracautela

Respecto de esta última condición o requisito para amparar una demanda cautelar, preliminarmente se puede sostener que se trata de una medida cautelar especial, porque está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, la decide el juez, quien puede aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla, o incluso cambiarla por la que considere pertinente.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria²³ que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legislación de firma ante el secretario respectivo. Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, éste quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no prorroga o cumple la condición.

²² *Idem*.

²³ En el derecho mexicano, el más claro ejemplo es la caución que se otorga cuando se ejerce el incidente de suspensión del acto reclamado, en materia de amparo. Cfr. artículo 124 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3. Clasificación de las medidas cautelares

Existe una diversidad de clasificaciones de las medidas cautelares, y a continuación referiré sólo algunas, de los procesalistas más importantes en la materia.

En la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación: algunos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

i) Eminentemente ejecutiva

Esta clasificación fue propuesta por GUTIÉRREZ DE CABILDEES, la cual tiene importancia práctica para discernir el tipo de ejecución que amerita la medida precautelativa. De acuerdo a este autor, las medidas cautelares pueden clasificarse atendiendo a que la obligación sea; de dar cosa genérica (dinero); de dar cosa específica: mueble; inmueble, de hacer, de no hacer.

Cuando se trata de garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero, el procedimiento de ejecución es el más dispendioso, pues es necesario sacar a remate los bienes aprehendidos, a menos que lo embargado sea una suma de dinero. Cuando se trata de dar una cosa específica, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa a quien tiene derecho sobre ella, según la sentencia.

La prevención en las obligaciones de hacer o no hacer puede revestir un doble carácter, según se pretenda evitar la magnificación del daño o garantizar el pago de una indemnización equivalente.

ii) Postura de Eduardo J. Couture

El procesalista uruguayo, clasifica a las medidas cautelares en seis tipos:

- a) Nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, por ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas preconstituidas.
- b) Medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. COUTURE cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad.

- c) Medidas de tutela de la propiedad o del crédito. Probada *prima facie* la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando –según dice– no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción.
- d) Medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento; su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia.
- e) Medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica la modificación: no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, preventión en las acciones de obra nueva.
- f) Medidas de contracautela. Ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no (a diferencia de las restantes, según su opinión) del acreedor; este concepto no encuadra dentro del ordenamiento procesal mexicano porque las medidas de contracautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan, tanto a favor del demandante como del demandado.

III) Clasificación de las medidas cautelares conforme a Alsina

La división que hace el procesalista argentino consta de cuatro grupos; a saber:

- a) Las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario; por ejemplo, la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse.
- b) Las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa, verbrigacia, el embargo preventivo, inhibición; es decir, prohibición general de enajenar y gravar, anotación de la litis, intervención judicial, nombramiento de depositario judicial o interventor.
- c) Comprende aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisорios, prohibición de innovar. La prohibición de innovar nace del derecho romano que establecía la indisponibilidad de la cosa litigiosa, no pudiendo enajenarse, destruirse o deteriorarla. La definición en este grupo es eficiente aunque en realidad no es otra que

la del peligro en el retardo, característica de las medidas cautelares en general.

- d) La caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para constitución de embargo.

iv) La opinión de James Goldschmidt

La clasificación del procesalista alemán comprende cuatro especies:

- a) El embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos en metálico o susceptible de ser reducidos a metálico, que hace nacer un derecho de garantía pignoraticia, pero no con fines de pago inmediato, sino de aseguramiento, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de ejecución.
- b) Las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura de cualquier exhibición o devolución de cosas, como la cesión de inmuebles, constitución de hipoteca, entrega de menor.
- c) Medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables, como es el caso de posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención, separación provisional de los cónyuges en divorcio.
- d) Las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, litis-expensas, gastos de atención médica.

v. Podetti y las medidas cautelares

Este procesalista argentino, creador de la trilogía estructural del proceso como elementos esenciales para el estudio de la teoría general, al comentar el código mendocino adoptó una clasificación tripartita:

273

- a) Medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa.
- b) Medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados (medidas para asegurar la paz).
- c) Medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes.

vi) Clasificación de las medidas cautelares conforme a Calamandrei

La clasificación que hace CALAMANDREI en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* que, a más de lo dicho también es finalista como necesariamente ha de ser toda clasificación de las medidas cautelares, comprende cuatro grupos que encierran en mayor o menor medida los citados anteriormente. El autor hace hincapié en ratificar en cada uno de ellos la relación de instrumentalidad hipotética o genérica que presentan con la providencia principal.

vi1) Providencias instructorias anticipadas

De acuerdo a estas providencias y en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias anticipadas se adoptan en el curso del proceso ordinario, y *forman parte del mismo*, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente.

Éste es el grupo que se admite en todas las divisiones traídas a colación. Así por ejemplo, los casos de justificativo para perpetua memoria y el reconocimiento judicial preconstituido, presentan las dos notas características: preservación de una prueba y relación directa al juicio de conocimiento.

El ejemplo más claro de este tipo de medidas viene a ser en el ordenamiento jurídico mexicano, la evaluación anticipada de una prueba cuando haya temor de que desaparezcan algunos medios de defensa del demandante, cuyo diligenciamiento debe hacerse con las garantías del contradictorio, mediante la citación previa de la parte contra quien se va a hacer valer esa prueba en el futuro juicio.

vi2) Facilidad práctica de una futura ejecución forzada

El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son las medidas preventivas.

El juicio ordinario, en el sentido legal o lato de la palabra, tiene su comienzo en la demanda admitida y su final en el remate con la respectiva adjudicación y satisfacción plena.

Dentro del juicio ordinario se separan dos fases completamente diferentes: la de conocimiento y la de ejecución, que comienza a partir de la sentencia definitivamente firme. Pues bien, las providencias instructorias anticipadas del primer grupo aseguran la eficacia de la fase de conocimiento; en cambio, estas otras aseguran la eficacia de la fase ejecutiva. Permiten, respectivamente, que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido.

vi3) La urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo

Constituye el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar, halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

Un ejemplo lo hallamos en los interdictos restitutorios y prohibitivos, en cuanto al decreto primero, provisional. Su mayor peculiaridad consiste en que *satisface* provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, cosa que no sucede en los otros tipos de medidas cautelares.

La diferencia entre las providencias cautelares de este tercer grupo y la tutela cautelar definitiva de que hablamos anteriormente consiste en la relación de instrumentalidad, o concretamente en la provisoriedad. Ambas son satisfactorias de la relación jurídico-material, sólo que las primeras nunca pueden aspirar a convertirse en definitivas.

vi4) Providencias caucionales

Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente).

275

4. Toma de postura

Una vez citados los principales procesalistas en materia cautelar, y para efectos de la economía procesal, la clasificación del procesalista florentino me parece la más completa, con algunos comentarios:

- a) Existen medidas cautelares en los bienes y en las personas.
- b) La situación de urgencia es vital, en todo tipo de providencias.
- c) La cautela es el fundamento esencial de la ejecución.
- d) Las providencias cautelares no pueden ser definitivas.

Las medidas de cautela se dividen en dos grandes grupos:

- A) Medida cautelar (en estricto sentido). Éstas se adoptarán una vez formulada la imputación ante el juez de control.
- B) Providencias precautorias. Se aplicarán antes de la formulación de la imputación, y tienen una doble naturaleza en cuanto a su imposición: administrativa y jurisdiccional.

Providencia precautoria	Medida cautelar
Embargo	Garantía económica
Cateo	Caución de no ofender
Anotaciones marginales	Prisión preventiva
Aseguramiento de bienes	Internamiento domiciliario
Alimentos	Localizador electrónico
Intervención de comunicaciones	Prohibición de ir a determinados lugares
Retención de bienes	Prohibición de salir de determinada circunscripción geográfica
Arraigo	Prohibición de convivir con determinadas personas
Detención	Separación del domicilio
Orden de aprehensión / presentación ¹	La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio
	Prohibición de realizar determinadas actividades
	Acudir a determinadas instituciones de salud
	Abstenerse al consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes

Providencia precautoria	Medida cautelar
	Libertad asistida
	Suspensión de derechos
	Obligación de ir ante el juez o ante autoridad o institución que éste designe
	Obligación de conseguir trabajo
	La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada

* Puede ser medida cautelar como facultad ordenatoria del juez en cuanto a los sujetos.

Las providencias precautorias, en cuanto a su otorgamiento son de dos tipos: administrativas y jurisdiccionales. Ambas medidas deben ser revisadas por el juez de control al momento de judicializar la investigación.

Administrativas (otorgadas por el Ministerio Público)	Jurisdiccionales (otorgadas por el juez de control)
Aseguramiento de bienes	Embargo
Retención de bienes	Cateo
Detención	Anotaciones marginales
Prueba preconstituida	Intervención de comunicaciones
	Arraigo
	Orden de aprehensión / presentación
	Prueba anticipada

Es importante hacer el señalamiento de que en estricto sentido las pruebas anticipadas y preconstituidas no constituyen una medida cautelar, a pesar de que tienen características similares. La naturaleza de estas pruebas depende del proceso de cognición. ■