

# EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CAUTELAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PROCESAL MEXICANO

Gumesindo GARCÍA MORELOS

Las garantías jurisdiccionales y sus principios rectores resultan esenciales para el acceso efectivo a los tribunales, de manera particular cuando se demandan actos en contra de los poderes públicos que afecten las libertades públicas. Dentro del Derecho procesal constitucional moderno los recursos judiciales para la protección de los derechos fundamentales constituyen el resguardo real de los privilegios ciudadanos, pero no basta que se encuentren configurados en determinado sistema político, sino que se requiere que estos puedan alcanzar los objetivos para los cuales fueron creados. La idea general respectos a estos cuadrantes se van elaborando desde los estándares de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre(mayo de 1948) y, de la Declaración Universal de Derechos Humanos(diciembre de 1948), se configuró la necesidad de dotar al reconocimiento de los derechos de instituciones que garantizaran su vigencia, como la de contar con dicho medio de tutela. Pronto los jueces de convencionalidad, europeos y americanos, desarrollaron los alcances de dicho instrumento, determinado que éste resultaba asegurando a través de recursos administrativos en sede gubernativa, recursos contenciosos-administrativos y, procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales (amparo, hábeas corpus y hábeas data). La idea gravitante reside en la existencia de medios de control procesal y quasi-jurisdiccional para la revisión judicial de las manifestaciones de poder. Incluso, la posibilidad de impugnar la incompatibilidad de leyes contrarias a las constituciones y al ius cogens, por lo que los diseños legislativos y su práctica en el derecho doméstico debe adecuarse a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Jorge Castañeda Gutman(2008), determinó que el Estado mexicano vulneró el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no permitir la tutela judicial en contra de leyes electorales, al restringir su fiscalización ante el ejercicio de acciones particulares, aunque si bien, se cuenta con el proceso de acción de inconstitucionalidad, éste no resulta accesible a los afectados particulares. En un sentido semejante se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso RUMASA contra España, que se originó en una serie de expropiaciones que dentro del sistema procesal constitucional, los particulares no podían demandar la inconstitucionalidad de leyes, no obstante que el Estado alegó la existencia del incidente de cuestión de inconstitucionalidad, éste no resultaba efectivo por sí. Todo ello nos permite advertir de la trascendencia del examen de convencionalidad de los recursos internos, incluso para permitir la aplicación de las reglas de excepción al agotamiento de recursos internos cuando no resulten efectivos.

El Derecho procesal mexicano en el ámbito interno cuenta con tres mecanismos procesales para la tutela de las libertades públicas (amparo, juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano y, la vía contenciosa-administrativa); además de los medios jurisdiccionales en las legislaciones procesales constitucionales locales(Chihuahua, Guerrero, Tlaxcala y, Veracruz). Las citadas garantías bajo los parámetros de convencionalidad deben cumplir con la obligación de estandarizar, razón por la cual no deben legislar en contravención a los instrumentos internacionales. Uno de los elementos que constituyen el recurso judicial son las providencias cautelares, mismas que han experimentado un vertiginoso desarrollo no sólo en dichas jurisdicciones, sino también en el Derecho procesal internacional.

Las providencias cautelares constituyen una institución accesoria al proceso, de naturaleza prejudicial, que tiende a evitar o a impedir los daños irreparables o de difícil reparación de las libertades constitucionales de las personas. Los presupuestos de la teoría general en la materia requiere de la apariencia del buen derecho (*fumus bonus juris*) y del peligro por el transcurso del tiempo(*periculum in mora*). Los ciudadanos no deben soportar la larga espera de la sentencia con el sufrimiento por las afectaciones a sus derechos, aun cuando éstos aparenten corresponderles. Las exigencias para su tutela judicial deben atender la verosimilitud de la prerrogativa, del cálculo preventivo.

En este sentido, todo deber ser aparente, sin que se desnaturalice la función garantistas de las providencias cautelares, las respuestas deben ser sumarias. En relación a esto

último resulta importante precisar otros de los elementos en su constitución, la urgencia, dispositivo que implica una respuesta inmediata sin demora alguna. El régimen procesal de este instrumento obedece a los tipos de procesos, sean internos o supranacionales. Pero los prepuestos adjetivos son comunes, ya que la teoría general de las providencias cautelares ha permitido su salida del tratamiento exclusivamente de los litigios civiles.

El proceso constitucional de amparo contempla este tipo de protección a través de la indebidamente denominación de suspensión del acto reclamado, ya que su desarrollo no corresponde a una labor meramente conservativa. La garantía libertaria mexicana decimonónica la desarrollo en principio de su existencia como medidas urgentes, nomenclatura más idónea para el caso. Dicho tutela provisional en razón de la decisión final, que puede convertirla en definitiva, evitando los perjuicios innecesarios en el ejercicio de las libertades constitucionales.

Durante varias décadas la jurisprudencia constitucional encadenó el ámbito de las respuestas cautelares a mantener el acto en el estado que se encontraba, de lo contrario el proceso quedaba sin materia, por lo cual los jueces de amparo negaban sistemáticamente cualquier protección cautelar que saliera de tan desafortunado estándar de garantía jurisdiccional. Ante la ejecución de los actos de autoridad, es decir, un acto consumado, no cabía retrotraer la situación al estado inicial que permitiera su resguardo. El problema se originaba en la interpretación que se le dio a la Ley de amparo en su artículo 124, que a pesar de que se firmó una serie de instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, no se desarrollaba la práctica del principio *pro homine*, permitiendo una cobertura que beneficiara en mayor medida a la dignidad humana de los quejosos.

Otro de los problemas en el sistema cautelar constitucional se advierte de la aplicación de la fracción II de dicho numeral adjetivo, que enumera una serie de requisitos en el caso de la solicitud a petición de parte que se tramita en forma incidental, pero que los operadores judiciales deben responder bajo pautas garantistas inmediatas, suele suceder que el afectado por la conducta estatal no cuenta en principio de elementos probatorios, por lo cual basta momentáneamente su aseveración, la cual será verificada ante la llegada del informe provisional, y mediante la sustanciación de la audiencia incidental.

Se requiere que la tutela cautelar no contravenga derechos de terceros ni afecte el orden público. Éste último se convierte en el “fundamento” de la negativa de la jurisdicción constitucional, en la mayoría de las ocasiones no se utilizan las técnicas adecuadas para

resolver la colisión entre aquél y los derechos fundamentales, mediante el juicio de ponderación, no obstante que existen tesis aisladas que así lo consideran obligatorio, ya sea para la concesión o para su rechazo, de lo contrario no se cumple con la seguridad jurídica dentro del proceso de amparo. La teoría de los derechos fundamentales es una fuente generosa y necesaria para llevar acabo dicha tarea judicial. Por fortuna con la reforma constitucional iniciada en 2010 será “obligatoria” dicha motivación.

Los efectos procesales de la providencia cautelar han encontrado un resguardo importante en la jurisprudencia constitucional de la Novena época que comenzó en enero de 1995. La posición del Tribunal constitucional en este tema, evolucionó, para adoptar una lectura *pro homine* en la protección procesal de los derechos de los ciudadanos, adoptando la posibilidad de las providencias cautelares innovativas y no meramente conservativas. Este resguardo debe entenderse que las libertades deben encontrar respuestas durante el proceso o antes de comenzar. La efectividad reside en la oportunidad de la función de los jueces constitucionales, de brindar la anticipación de la protección.

La denominada suspensión de oficio se configura procesalmente en aquellos casos extremos, también urgentes, diríamos de máxima urgencia, que amenacen la vida, la integridad física o moral, la libertad personal (artículo 17 de la Ley de amparo); situaciones donde el legislador creó presunciones legales que operan con la simple aseveración a favor del actor, salvo prueba en contrario por parte de la autoridad responsable. El trámite se sigue en el expediente principal, pero la realidad tiene que solicitarse expresamente al momento de la presentación de la demanda de amparo. Los efectos son que cesen las conductas lesivas, que se torna en una verdadera forma procesal de innovar la afectación, como en el caso de la incomunicación o de tratos degradantes cuando se ordene a la colectividad de una prisión raparse sin atender al principio de proporcionalidad, en estos casos el órgano de control debe asumir la intensidad de la revisión judicial.

Los tipos de providencias cautelares en la garantía constitucional en comento dependen del tipo de acto que se reclame. Generalmente cuando se trata de la suspensión de sentencias definitivas, la forma cautelar es conservativa y puede condicionarse a la exhibición de garantía, misma que a su vez puede presentarse contragarantía cuando se paralizarse la ejecución se pueda ocasionar afectaciones económicas a la contraparte del contencioso constitucional.

Los procesos contenciosos-administrativos, federales o estatales, dentro de su sistema procesal se encuentran las providencias cautelares, que en muchas ocasiones arrastran los defectos de la denominación de suspensión del acto, no obstante que la amplitud de los elementos constitutivos son propios de éstas. Bajo el derecho prestacional de acceso a los tribunales se encuentra implícita la protección cautelar, misma que forma parte de las debidas garantías del debido proceso que se aplica al desarrollo de los recursos judiciales. La constitución general fija los ámbitos de competencia de esta jurisdicción, para dirimir los litigios entre los particulares y la administración pública, por lo que las partes procesales siempre deben ser un particular y una autoridad, en consecuencia nunca debe residenciararse litigios intraorgánicos, ya que para ello existen los procesos de controversias constitucionales.

La ley federal del proceso contencioso-administrativo contempla la figura de las medidas cautelares en un sentido genérico, pero las condena a una serie de requisitos que obliga al administrado a transitar una vez más en el seno salvaje de la administración pública federal, ya que antes de solicitar la dispensa instrumental debe hacer lo propio ante la autoridad que emitió el acto administrativo. Lo anterior pervierte la noble función social, considerando el transcurso del tiempo y por ende de la amenaza de vulneración de las libertades, su urgencia de respuesta la coloca en el limbo. Ante esta situación los afectados pueden optar por acudir directamente al proceso de amparo indirecto y solicitar la protección cautelar, ya que al exigir mayores requisitos la jurisdicción federal entonces no resulta obligatorio agotar los medios de defensa ordinarios. A este respecto el Comité de Derechos Humanos (ONU) en su jurisprudencia (Observación General 31 de 2004), vinculante para todos los tribunales nacionales, deben permitirse el adecuado desarrollo de medidas provisionales, que es la denominación procesal anglosajona del tema en estudio, dentro de los recursos judiciales (artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En la dimensión constitucional resulta incompatible, ya que limita sin justificación el acceso a la jurisdicción, por lo cual el legislador no respeta el contenido esencial del derecho desarrollado; además cabe que de oficio, se realice el control oficioso de convencionalidad de las normas procesales, situación que debe realizar el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Salas Regionales).

Los actos administrativos dentro de su objeto de revisión jurisdiccional incluyen disposiciones generales, como reglamentos, acuerdos de observancia general, y con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, el control judicial de

convencionalidad de leyes. Si bien es cierto, esta jurisdicción realiza un control de legalidad, la protección de la libertad sirve como parámetro para la declaración de nulidad de las conductas administrativas. Los jueces administrativos se encuentran con el deber de realizar más allá de sus tareas tradicionales los controles constitucionales y de convencionalidad.

La magistratura contenciosa-administrativa representa un garantía frente a los poderes administrativos, pero el resguardo comienza con la resolución de las pretensiones cautelares. Para la determinación de éstas, se deben emplear las técnicas del test de proporcionalidad y del juicio de ponderación. El régimen del procedimiento administrativo, federal o estatales, prevén como límites a la ejecución de los actos administrativos el principio de proporcionalidad, el cual ha sido mal entendido por los legisladores, ya que este opera desde el momento de la intervención administrativa, cuando va a producir el acto, y no de manera restrictiva como se alude.

Los trámites cautelares ante los Tribunales estatales se lleva acabo en el expediente principal, con diferencia del proceso federal que se sustancia mediante incidente por cuerda separa como se sigue en el proceso cautelar a petición de parte.

Por último, los procesos constitucionales electorales se encuentran privados de la tutela cautelar en atención a la regla del artículo 41 fracción VI constitucional, lo cual resulta inconveniente conforme al sentido de los estándares de protección internacional de derechos humanos. En consecuencia, tampoco ante los órganos de control estatales, administrativos o jurisdiccionales opera estas medidas. Mención especial merece las medidas que se adoptan con motivo del desarrollo de los procedimientos electorales sancionadores, donde es viable la adopción de estas medidas, pero en no sede judicial. Lo anterior produce la indefensión de los demandantes, sean partidos políticos o personas físicas. Aun cuando la restricción sea constitucional los operadores judiciales se encuentran obligados a llevar acabo el control de convencionalidad, o bien, las víctimas pueden solicitar sin agotar ningún recurso doméstico, la tutela cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o ante el Comité de Derechos Humanos.

Una de las ventajas de los procesos cautelares internacionales reside en la posibilidad de la adopción de medidas de carácter colectivas, incluyendo la suspensión del precepto constitucional mencionado.