

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL ELECTORAL

Osvaldo Alfredo Gozainí

27

Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral



27

Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral

Medidas cautelares en el derecho procesal electoral

Osvaldo Alfredo Gozaíni

Catedrático de Derecho Procesal
y Constitucional de la Universidad
de Buenos Aires. Presidente de la
Asociación Argentina de Derecho
Procesal Constitucional.

342.77
G658m

Gozáni, Osvaldo Alfredo.

Medidas cautelares en el derecho procesal electoral
/ Osvaldo Alfredo Gozáni. -- 1^a ed. -- México : Tribunal
Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

74 p. -- (Cuadernos de Divulgación de la Justicia
Electoral; 27)

ISBN 978-607-708-232-3

1. Medidas cautelares. 2. Derecho procesal electoral 3.
Justicia electoral. 4. Recursos -- (Derecho). I. Título. II. Serie.

SERIE CUADERNOS DE DIVULGACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

Primera edición 2014.

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
CP 04480, delegación Coyoacán, México, DF.
Teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas son responsabilidad
exclusiva del autor.

ISBN 978-607-708-232-3

Impreso en México.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Presidente

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Magistrado Constancio Carrasco Daza
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar
Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar
Dr. Álvaro Arreola Ayala
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Alejandro Martín García
Dr. Hugo Saúl Ramírez García
Dra. Elisa Speckman Guerra

Secretarios Técnicos

Dr. Carlos Báez Silva
Lic. Ricardo Barraza Gómez

ÍNDICE

Presentación	9
Principios generales de las medidas cautelares	13
Tutela cautelar de tipo preventiva	27
Presupuestos de las medidas cautelares	46
Medidas cautelares en materia electoral	58
Conclusiones	69
Fuentes consultadas	72

PRESENTACIÓN

En este número de Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, el jurista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni presenta un panorama general de las medidas cautelares, sus tipos y usos, no sólo en el ámbito electoral, sino también en el penal y civil.

Debido a que todo procedimiento judicial implica una inversión de tiempo en la presentación y análisis de pruebas, así como en la emisión de una sentencia, las medidas cautelares resultan relevantes como un recurso de apoyo durante el proceso.

El autor expone que las medidas cautelares surgieron como una herramienta para disminuir la presión de los jueces al emitir un dictamen y evitar que su posible demora afectara directamente el ejercicio o la protección de los derechos del demandante. Es decir, las medidas cautelares se emplean cuando se requiere detener el tiempo mediante embargos preventivos: la anticipación, el secuestro del objeto de la demanda, el establecimiento de interventores, la protección de cosas o personas y la aceleración de la sentencia con el principio de urgencia.

Gozaíni comenta que los objetivos del proceso cautelar se pueden dividir en instrumental y final. El primero busca resolver la finalidad del proceso y su objetivo de paz social; el segundo pretende garantizar los resultados prácticos de la sentencia.

Para que una medida cautelar pueda proceder, el autor afirma que se requieren dos condiciones: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. La primera se refiere al respaldo fáctico y la sólida argumentación jurídica. Por tanto, la apariencia de la razón suficiente se convierte en el supuesto sustancial de esta condición. Respecto del peligro en la demora, o *periculum in mora*, se refiere al posible perjuicio irreparable que en el transcurso del proceso pueda surgir y por el cual la sentencia final quede sin efecto. Para la acreditación del riesgo se debe evidenciar la realidad que se compromete con la demora.

Por otro lado, como recurso para evitar el abuso del derecho cautelar, se cuenta con la figura de la contracautela o bilateralidad, que intenta compensar el riesgo inminente de emitir una sentencia que afiance los beneficios de una de las partes. Al entenderse que la medida cautelar es promovida para asegurar un resultado y resguardar el objeto de la disputa, la contracautela funcionaría como el reaseguro del afectado por una conducta abusiva y esto se sumaría a los daños y perjuicios del proceso.

Las medidas cautelares cuentan con un carácter extraprocesal, es decir, hacen a un lado el interés del juicio y se centran en el propio. Por lo tanto, tienen distintos objetivos: el otorgamiento de decisiones provisionales, el resguardo del objeto de la demanda o la resolución de un peligro inmediato mediante el cese de los efectos. Por ello, Osvaldo A. Gozáñí enumera los tipos de medidas cautelares y su razón de ser.

La primera medida es la tutela inhibitoria, que pretende evitar que un daño se concrete, continúe o se repita. Y en cuanto a la interpretación de "reparación del daño", resulta peculiar al no haber aún, en algunos casos, un daño causado. La tutela inhibitoria puede resolverse, en ocasiones, sin argumentación y conseguir los efectos de una medida de satisfacción inmediata. Sin embargo, de acuerdo con el autor, siempre opera mediante dos figuras: la protección inmediata con la ayuda de una medida provisional o definitiva, pero en la cual el proceso continúa, y la protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

El segundo recurso procesal es el amparo que, a partir de la reciente modificación a la Ley de Amparo, asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, y en su artículo 4º establece la posibilidad de priorizar la resolución de los amparos sin modificar los tiempos establecidos por la ley.

La tercera figura corresponde a la tutela diferenciada, con la que el legislador establece cuál es la medida adecuada para cada caso.

La cuarta es la tutela preventiva, que podría confundirse con la inhibitoria, porque también pretende impedir posibles perjuicios, su repetición o persistencia; mas supone, además, adelantarse al

peligro y evitar así la sanción posterior al hecho. Por ende, para su promoción sólo se necesita una situación idónea para producir un daño.

La anticipatoria es el quinto recurso y forma parte de las tutelas de urgencia. Como su nombre lo indica, intenta adelantarse a la sentencia final del juez. Para promover una tutela anticipatoria se requiere cumplir con las dos condiciones base: verosimilitud de derecho y la evaluación del riesgo, que se unen a la condición de irreparabilidad del daño de no resolverse de inmediato. Aunque su objetivo es la anticipación a la sentencia, no puede trabajar independientemente del proceso, pues esto sería causal de nulidad.

Por último se encuentran las medidas autosatisfactivas, que si bien no son parte de las medidas cautelares, asisten durante el procedimiento judicial. El autor refiere que hay quienes apuntan que las cautelares se pueden equiparar a las autosatisfactivas, pues buscan dar solución de forma urgente a una situación específica del proceso. No obstante, a diferencia de las cautelares, las autosatisfactivas son independientes del proceso y culminan cuando consiguen su cometido.

Por lo que toca, específicamente, a la materia electoral, Osvaldo A. Gozaíni hace una descripción de los órganos administrativos y jurisdiccionales que están inmersos en el proceso electoral, de sus fases, de los medios de impugnación correspondientes a cada etapa y del marco legal encargado de regular las medidas cautelares en esta materia, para así analizar la resolución de algunos recursos interpuestos ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). También menciona el recurso de suspensión del acto administrativo, que es una medida cautelar de carácter urgente y preferencial que evalúa la legalidad y legitimidad del proceso electoral; es decir, califica que su conducta sea justa, lícita y socialmente aceptada. El autor asegura que la renuencia a la aplicación de esta medida se debe a que el proceso electoral tiene una relación intrínseca con los intereses de una comunidad, y la suspensión del acto podría implicar la contravención de la voluntad general o la afectación directa a un órgano electoral y causar con ello daños irreparables.

En suma, las aportaciones de Gozaíni en este texto ayudarán a entender mejor que las medidas cautelares tienen como objetivos generales la anticipación a los hechos y el fomento del activismo judicial, y brindan la oportunidad precisa de actuar con justicia y equidad en el territorio del derecho de participación, del sufragio electivo y de la conformación plena de un Estado con la forma republicana de gobierno.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

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

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 Francesco 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

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

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, lo-gró 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 Calamandrei¹ 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.

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 protestas 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

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,

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). Esta 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).

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:

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

(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

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

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-

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 admite. 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

lo compatible es el aseguramiento, aunque los moldes sean desiguales. Uno trabaja con la fehaciencia del título que autoriza la preventión; 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 antípodo de la sentencia resuelto no por la urgencia, sino por las condiciones que lo hacen posible (por ejemplo, alimentos provisорios 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

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.

TUTELA CAUTELAR DE TIPO PREVENTIVA

TUTELA INHIBITORIA

En la práctica, la característica de la tutela inhibitoria es impedir que un daño se concrete, continúe o se repita. Y de algún modo supone el tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención anticipada, que lleva a un cambio considerable para la atención normativa.

En efecto, mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización —que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido— ahora se convierte en uno crediticio, que busca garantizar en su integridad al derecho en sí mismo.

En el derecho de daños, dice Nicolau:

Paulatinamente se ha pasado de considerar la indemnización del daño como una responsabilidad a calificarla como un crédito por reparación. Este proceso supone un avance hacia la justicia, ya que se traslada a la víctima el eje de la responsabilidad civil, que en el siglo XIX se había centrado en el autor del daño (Nicolau 1996, 1245).

El carácter de mandamiento de abstención, o la orden de no hacer, que se busca con la inhibitoria, enfrenta un conflicto natural con la idea de reparar sin daño causado, porque la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual. En este aspecto se parece a una

cautelar, pero no lo es, pues se muestra como un instituto semejante pero asimétrico.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad cuando haya probabilidad de un daño injusto, y difumina el sentido objetivo antes consagrado. La transformación que trae el derecho sustancial se evidencia en la innovación que piensa en el hombre como tal, antes que en la riqueza frustrada por el daño ocasionado. Lo mismo ocurre en el derecho procesal, que hace a un lado la regla del derecho manifiesto para acordar la acción judicial contra el peligro de práctica, continuación o repetición del hecho ilícito.

Si la dimensión moderna asegura el respeto por la persona humana y evita la indigna relación con su capacidad de producir, este cambio supone otorgar un alcance más genérico al derecho otorgado. No se trata de la reparación única o de la satisfacción económica integral; ahora, el objetivo está en la vida humana, como una manifestación vital para la sociedad y esencia de sus semejantes.

Si se toma en cuenta esta dimensión constitucional, las posibilidades de actuación pueden:

- 1) Impedir la práctica de un hecho ilícito.
- 2) Impedir la continuación.
- 3) Impedir la repetición del hecho ilícito.

En todos los casos, el objeto de la tutela inhibitoria se parece a las medidas cautelares del derecho procesal, aunque tiene otras diferencias. La mayor proximidad que manifiesta es con los mecanismos procesales de urgencia, en los que lucen la tutela anticipada (también llamada cautela material o tutela urgente sustancial) y las medidas autosatisfactivas.

Actuando como pretensión se diseña en el grupo de las cautelares (con el requisito del peligro en la demora), pero no es una actuación cautelar propiamente dicha. Tampoco es un amparo (contra la amenaza o para lograr el cese del acto lesivo), porque la tutela inhibitoria no es un proceso constitucional; a veces puede

conseguir los efectos de una medida de satisfacción inmediata, e inclusive se resuelve sin sustanciación, pero cuando el proceso tiene partes definidas la bilateralidad se concreta.

La tutela civil inhibitoria es precautoria en su objeto, pero no es preventiva como pretensión; su acogimiento depende del peligro actual o inminente que tenga el acto o la amenaza, respectivamente considerados. El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues tiene que ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

El requerimiento de protección lo puede plantear el afectado, pues es quien ostenta el interés directo e inmediato (derecho subjetivo), pero no se puede agregar ningún pedido indemnizatorio, porque no es propio de la protección que se dispensa por este remedio. En su caso, si la vía elegida fuera otra, por ejemplo, un proceso de conocimiento sumario o sumarísimo, de igual modo habría que dividir las pretensiones entre lo que es urgente y exige una rápida decisión, y aquello que no lleva dicha celeridad para resolver.

Las modalidades de la inhibitoria —que, dicho en otros términos, supone encontrar una vía procesal por la que un juez pueda ordenar medidas inmediatas que eviten la producción de daños o impidan su continuación— pueden tener algunas de estas variables:

- 1) Protección inmediata mediante una medida provisional o definitiva, pero en la que el proceso continúa.
- 2) Protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

En el primer caso, la tutela opera como medida cautelar dictada en un proceso en trámite, que puede tener cualquiera de las características de la actualmente denominada tutela de urgencia; en el segundo, la protección se otorga sin atender a la otra parte y con una providencia asimilable a los efectos de la cosa juzgada formal (pues la característica es la provisionalidad y la posibilidad de revisión en un juicio pleno).

La tutela final no está tan relacionada con el peligro en la demora, sino con la amenaza de daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, es decir, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final.

Cuando la pretensión se sustenta en un proceso en trámite, la tutela se puede plantear como medida de no innovar o de innovar, según el caso. Por ejemplo, si se demanda por la construcción de un edificio en una zona residencial que no tiene posibilidad de hacerlo en virtud de un código específico, la tutela inhibitoria buscará ordenar el cese de la obra para impedir el perjuicio que generaría a los vecinos la construcción en sí misma, así como en el supuesto de una eventual demolición posterior. En el caso, la inhibitoria se concede como medida innovativa, porque modifica la autorización oportunamente concedida.

El espacio procesal puede ser diferente. O se trata de un juicio ordinario que subordina la cautelar, o es un procedimiento precautorio autónomo; se puede dar dentro de un amparo, o bien, resolverse en una instancia administrativa con facultades para hacer o actuar la petición respectiva.

Otra variable es el planteamiento de la medida de prevención como pretensión autónoma, en cuyo caso la decisión judicial agota (en teoría, satisface el objeto procesal) la instancia y termina el proceso.

El objeto de la condena inhibitoria es hacer que un sujeto se abstenga o cese en la violación de un interés simple patrimonial o extrapatrimonial.

Resta considerar un aspecto tangencial de cuánto se resuelve con estos mecanismos, pues es evidente que la esencia del sistema no es compensar a la víctima, ni prevenirle el riesgo de una sentencia incierta, ni asegurar la ejecución de ésta; se trata de mostrar algo distinto, ya que la tutela inhibitoria no es un modismo cautelar. La consecuencia es reducir el peligro, obstruirlo o anularlo, lo cual importa un análisis económico al derecho.

Además, estos mecanismos, al no exigir los presupuestos de esta figura, están fuera del espectro de lo cautelar puro. La tutela

inhibitoria trabaja con condiciones propias, que también las tienen algunos procedimientos similares originados anteriormente, como son los interdictos (amenaza de ruina) o algunas acciones sindicales (reposición en el puesto de trabajo), o también las medidas más actuales del derecho ambiental (prohibición de contaminar).

AMPARO COMO MEDIDA CAUTELAR

La nueva Ley de Amparo consagra un derecho que antes era solamente un proceso judicial protector de garantías constitucionales. La dirección actual apunta al derecho a la tutela judicial efectiva.

La posibilidad de atender al amparo como un modelo nuevo de tutela preventiva conlleva la introducción de modificaciones que permitan ubicarlo en los procesos urgentes (Rojas 2000, 83-4).

Así, el artículo 4 de la nueva Ley de Amparo dice:

De manera excepcional, y sólo cuando exista urgencia atendiendo al interés social o al orden público, las Cámaras del Congreso de la Unión, a través de sus presidentes, o el Ejecutivo Federal, por conducto de su Consejero Jurídico, podrán solicitar al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que un juicio de amparo, incluidos los recursos o procedimientos derivados de éste, se substancien y resuelvan de manera prioritaria, sin modificar de ningún modo los plazos previstos en la ley (DOF 2013).

La urgencia en los términos de este artículo se justificará cuando:

- I. Se trate de amparos promovidos para la defensa de grupos vulnerables en los términos de la ley.
- II. Se trate del cumplimiento de decretos, resoluciones o actos de autoridad en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia.
- III. Se trate de prevenir daños irreversibles al equilibrio ecológico.
- IV. En aquellos casos que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime procedentes.

Recibida la solicitud, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la someterá a consideración del Pleno, que resolverá de forma definitiva por mayoría simple. La resolución incluirá las providencias que resulten necesarias, las que se notificarán, cuando proceda, al Consejo de la Judicatura Federal.

Para la admisión, trámite y resolución de las solicitudes, así como las previsiones a que hace referencia este artículo, deberán observarse los acuerdos generales que al efecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación (DOF 2013).

OTROS PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS

El desarrollo doctrinario de la denominada tutela inhibitoria fue producto de la doctrina civilista; buena parte de ella toma información y fundamentos del derecho italiano y francés, en los que existen medidas similares a las que aquí se presentan. El derecho procesal, por su parte, ha identificado esta modalidad de tutela con otras denominaciones, pero a título general puede llamarse tutela de urgencia o procesos urgentes.

Esta categoría permite diferenciar a las medidas cautelares clásicas de aquellas que se definen como cautela material, e incluye a las medidas autosatisfactivas y a las sentencias anticipatorias en el grupo de las tutelas diferenciadas.

Cada una de las medidas reporta una finalidad similar, pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, y ponen entre ellas mismas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no en los presupuestos generales de las medidas cautelares; es decir, en las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad.

En suma, la tutela inhibitoria no es más que una forma rápida y expedita de proteger un derecho amenazado, por medio de alguna de las modalidades procesales que facilitan los procesos urgentes. Se prefiere hablar de la protección sustancial como una manera de ampliar el horizonte de lo estrictamente civil, y alcanzar así la tutela constitucional de los derechos, pero esto no modifica la conclusión que precede.

Ahora bien, este emplazamiento agiliza las facultades del juez, en razón de la eficacia del servicio que presta, y admite el criterio de la urgencia como pauta que fundamenta la postergación del contradictorio, pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento puede lesionar, alterar, modificar o restringir, con arbitrariedad o ilegalidad, un derecho subjetivo o de incidencia colectiva.

También resulta procedente cuando el daño o el peligro inminente afecta a un grupo indeterminado y el interés de éste se representa como derechos de incidencia colectiva o de pertenencia difusa. En este supuesto, el amparo colectivo tiene una mejor relación con la tutela inhibitoria.

En síntesis, así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando busca abandonar su condición de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo a la realidad del conflicto, y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano. Con miras a lograr la preciada eficacia y confianza de la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material ha dejado de basarse en la pura aplicación mecánica —en la que el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas— para argumentar acerca de las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

Con este objetivo, la actuación de la voluntad legal encuentra que al lado de la tutela ordinaria surgen tutelas diferenciadas que dan lugar a tres grandes categorías: común, cautelar y constitucional.

No se trata de utilizar la expresión “tutela” por un amor conceptual o, lo que es peor, como simple referencia terminológica, sino que se intenta elaborar una construcción dogmática capaz de contar con diferentes necesidades para la adecuada tutela de los derechos, tomando en consideración sus peculiaridades y características y, principalmente, el papel que tiene destinado cumplir en la sociedad (Marinoni 1998b, 55). La urgencia que se pondera

(principio de proporcionalidad), y que cobra vida en el proceso con diversas manifestaciones, tiene un parecido con las medidas cautelares en cada una de las tutelas, pero sin llegar a serlo, aunque trabajan con el mismo concepto de lo urgente.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que se resuelvan cuestiones de urgencia con base en lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, por ejemplo, embargo, secuestro, etcétera) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, como medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), de modo que logra autonomía respecto del modelo clásico de confrontación entre partes.

TUTELA COMÚN Y DIFERENCIADA

La discusión acerca de si es posible encontrar una pretensión autónoma cautelar que se agote con la decisión consecuente permitió elaborar otras proyecciones paralelas que, con base en el derecho constitucional o en la expansión del objeto comprendido por el debido proceso, indicaban que la protección judicial tenía expresiones semejantes (la sentencia), pero asimétricas (las pretensiones).

La reducción del conocimiento, como forma de identificar las diferencias en la tutela jurisdiccional, coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente clara para demostrar la distancia. Pareciera que la misma expresión “tutela diferenciada” es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, *salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional*.

Aldo Zela afirma que la tutela diferenciada es:

Un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma.

Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso (Zela 2008, 41).

En realidad, se trata de advertir un emplazamiento diferente al habitual en la misión de los jueces. Hay un sentido social al cual responder y un deber de efectividad para el servicio que obliga a ciertos cambios de conducta. No se trata de preferir a una de las partes, ni de acentuar el protagonismo de los jueces a espaldas del principio de imparcialidad o de bosquejar una engañosa aplicación de la garantía de igualdad.

Por esta razón se habla de diferenciar la protección judicial de una diversidad de acciones que el juez puede realizar más allá de lo legislado; pero también se habilita la creatividad del abogado que solicita, desde la demanda, innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de la material y la procesal.

Todo esto se dice con el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de la práctica cotidiana consiste en que el juez actúe, a instancia de la parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces, ¿qué ocurre? La respuesta parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes, pues tienen un deber implícito en la función que es “hacer justicia”, más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstas se debe preservar. Pero el problema reside en que los esquemas no han variado y sigue aplicando principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, tratan la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto, es preciso obrar claramente para impedir que la actividad sea vista como un ejercicio de autoritarismo judicial; sobre todo porque los perfiles novedosos que hay en realidad tienen precedentes conocidos, sólo que se les ha distinguido con denominaciones diferentes.

TUTELA PREVENTIVA

Jorge Peyrano define la acción preventiva como aquella

que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción (Peyrano 2004, 36).

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto*. Se trata de "llegar a tiempo" con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

Se aclara que la emisión de un mandato preventivo no guarda más que una relación de ocasión o excusa con el proceso en el cual se imparte; pero en realidad se debiera concebir como un juicio nuevo, un trámite independiente del juicio original y, como tal, susceptible de generar todas las actividades de control y recursivas que pudieran estar en condiciones de ejercitarse (Peyrano 2004, 23).³

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadurismo jurídico, que no pueden explicar el rol preventivo que tuvieron y tienen en la oposición; por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del código procesal que están alineadas al control de la conducta en el proceso, que supone no

³ Conviene aclarar el punto [dice el autor] porque el "mandato preventivo" no es una medida para mejor proveer (insusceptible, como se sabe, de ser objeto de una actividad recursiva), dado que no se trata de una diligencia de prueba y no guarda [se insiste en ello] ninguna relación sustancial con el proceso dentro del cual se emite [...]. El "mandato preventivo" es una orden judicial de características y consecuencias análogas a la mayoría. A saber: si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de medidas conminatorias.

sólo contabilizar medidas coercitivas o conminatorias, sino también expulsar al que perturba a la audiencia; en el daño temido, y en la protección de personas que, en suma, disponen una acción preventiva para desechar el peligro en cierres.

La tutela preventiva tiene un carácter procesal, distinto a la tutela material que ensaya respuestas anticipadas ante el riesgo inminente, y cuenta con apoyos constitucionales que se explanan desde las garantías implícitas.

En materia ambiental, por ejemplo, se permite la prevención del daño o su anticipación a futuro. Es en este último aspecto que cobra especial trascendencia el mandato preventivo, el cual resulta un instrumento clave para la protección especial que se explica.

Con un afán docente, Peyrano culmina explicando la acción preventiva e indica que:

Genera un proceso de conocimiento. Más concretamente: un proceso de condena atípico. ¿Por qué esto último? Seguidamente aludiremos a algunos de los rasgos que avalan tal calificativo: a) sólo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular; b) como se ha visto, no se requiere la materialización de un daño para que pueda promoverse y prosperar una acción preventiva. Sí, en cambio, se exige la presencia de un acto ilícito perpetrado por el demandado, aunque quizás más correcto sería hablar de acto antijurídico (Peyrano 2004, 56).

En una opinión personal, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o faciliten el control del principio de proporcionalidad. En la dimensión de los nuevos derechos, como los que se vinculan con la salud, el desarrollo, la inclusión social, o en los casos más difundidos como la protección del usuario y del consumidor, o los derechos ambientales, se manifiesta la necesidad de actuar con mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos.

No se trata propiamente de una tutela inhibitoria, sino de la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). En Brasil se le denomina tutela específica (Código Procesal Federal, artículo 461) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, tal y como fue contratada (Marinoni 2008, 237-56).

En cuanto al formato procedural, se coincide en que debe ser elegido un procedimiento breve y expeditivo, y se propone, de ordinario, el juicio sumarísimo para que asuma dicho rol (Peyrano 2004, 59). Junto con Peyrano, se cree que mientras no se regule legalmente el asunto, el juicio sumarísimo podría proporcionar una solución. Empero, se participa con él del criterio de que lo ideal pasa por construir un procedimiento autónomo con algún ingrediente propio del monitorio, para así dar la debida respuesta a la necesidad de que las acciones preventivas se ventilen de manera expeditiva.

TUTELA ANTICIPATORIA

En esta modalidad, lo que se anticipa es el resultado de fondo, ya sea total o parcialmente. Por lo tanto, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada. En la legislación comparada, en Brasil, el Código de Processo Civil establece que:

El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

- I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación.
- II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado (Diário Oficial da União 1973).

Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618, dispone:

Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias recién establecidas. Cuando se quiere anticipar la pretensión, la provisionalidad es la característica y la posibilidad de reversión, la contracara o reserva del derecho. El adelanto es acerca de la petición (por ejemplo, pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora y posibilidad de afianzamiento.

En cambio, cuando el anticipo trabaja en los efectos de la sentencia, cabe hacer la diferencia entre el pronunciamiento provisional (como alimentos provisорios urgentes o sentencia ejecutiva), como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina, y las sentencias anticipatorias, propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo como cosa juzgada anticipatoria. En éstas, la *res judicata* opera como en los efectos de la preclusión, de modo que si la consolidación del estado jurídico (de bienes, cosas o personas) no puede ser revertida ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento.

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisionomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las tutelas de urgencia y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo, la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta y la posibilidad de revertir el anticipo resulta un elemento esencial para el test de admisión.

El debate acerca de su configuración es ríspido, por las acusaciones de autoritarismo judicial o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo y no advertir que la legislación procesal tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como "despacho interino de fondo".

Este grupo es parte del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y emplea la sentencia anticipatoria, la cual es definida como:

La que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito (Carbone 2000, 89; Marinoni 1998b, 25, 17).

En su funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad a la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo que se manifiesta, por su evidencia palpable y clara, es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que implica no llegar a una resolución de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión

de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propia de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues cuando exista la eventualidad de que haya soluciones distintas, se anula la procedencia.⁴

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanentemente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie.

La anticipación de la sentencia coincide con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de esto surge con el juicio de escrituración, es decir, cuando el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del bien objeto del juicio principal, pero en el que el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad constituye una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque la provisionalidad es la esencia de este mecanismo. Vale decir que la solución instantánea, pero no definitiva, de tornar imposible la devolución de las cosas al estado anterior, se vuelve un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

TUTELA DE SATISFACCIÓN INMEDIATA

El principio de bilateralidad supone que alguien pida a los jueces escuchar a la otra parte para que, confrontando las razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa; a veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y

⁴ La doctrina coincide en señalar que la inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio deben ser demostradas sumariamente, o bien, surgir de los hechos narrados, o ser éstos de conocimiento público (Falcón 2008, 863).

promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, la posibilidad de escuchar al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da oportunidad de réplica u oposición.

Pero en las llamadas medidas autosatisfactivas, que podría preferirse llamar de satisfacción inmediata, el problema radica en que trabajan con un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve. No hay tiempos para la bilateralidad, no hay espacios para la provisionalidad.

Aunque cabe preguntar: ¿son ciertas estas observaciones?

Peyrano —de algún modo el padre de la institución— explica que las medidas autosatisfactivas son:

Un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (Peyrano 2001, 16).

Por su parte, Joan Pico i Junoy afirma que:

Se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más.⁵ El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida o al proceso declarativo posterior (la elección de una vía defensiva excluye la otra). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del

⁵ Se advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar cuando se afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (Calderón 1993, 80).

procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado (Pico 2002).

La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también la jurisprudencia se ocupa de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparecen en pocos ordenamientos.

En este sentido, se exponen como requisitos:

- 1) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal.
- 2) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- 3) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar.
- 4) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente, según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.
- 5) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación (RAP) que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acredite *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un

perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.⁶

Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, por lo que es innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de estas medidas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia, y particularmente de la anticipatoria. Vale decir que es la certidumbre absoluta acerca de lo fehaciente del derecho que se invoca, y es la evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, aunada a la necesidad imperiosa de solucionar lo más rápido que se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional, sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se pide a los jueces para que decidan da lugar a la cuestión siguiente: ¿para obrar es suficiente la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el Tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si entre el pedido y la decisión se intercala una etapa de bilateralidad, se resuelve —así parece— la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

Sin embargo, inmediatamente surgen otros motivos de esclarecimiento: ¿se trata de escuchar, nada más? ¿Se puede ofrecer prueba de lo contrario? ¿La petición de medidas de satisfacción inmediata requiere prueba que acredite el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que se advierte indispensable sirve para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen

⁶ Corresponde a las exigencias del artículo 232 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco de Argentina.

innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, cuando hay evidencias suficientes). A lo sumo, la prueba es documental o anticipada, y se logra de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato. Por ejemplo, si se realizó como prueba *ante tempus* un peritaje que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un desecho industrial, y en la práctica se dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear, cual si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones, cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal, como si hubiera sido propuesta como demanda central de la prueba antes producida.

Por lo tanto, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso es preciso advertir que la bilateralidad (la presencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente). Además, debe decirse que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene la resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta o, en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia.

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata, como procedimientos autónomos o como innovación de las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene dos inconvenientes de naturaleza constitucional:

- 1) De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión,

porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional.

- 2) Si se acuerda que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal, culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la norma fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN

La procedencia de las medidas cautelares depende de tres condiciones; dos de ellas objetivan el requerimiento y lo tornan procedente, siempre con un amplio margen de discrecionalidad judicial. La restante tiene como finalidad garantizar al afectado por los perjuicios eventuales que sufra por el abuso de derecho; esta última, por lo tanto, antes que una condición para que procedan las medidas cautelares, constituye un presupuesto o gravamen de exigencia formal.

Los presupuestos objetivos son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

El presupuesto subjetivo se denomina contracautela.

VEROSIMILITUD DEL DERECHO (*FUMUS BONIS IURIS*)

Cualquiera que sea el objetivo cautelar, es ineludible acreditar que el derecho que se esgrime cuenta con el respaldo y los fundamentos jurídicos suficientes para tener una expectativa lógica a una sentencia favorable. El humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*), o apariencia suficiente de la razón, se convierte en el presupuesto principal, porque sería arbitrario conceder una cautelar sin este requisito.

La apariencia fundada de actuar con derecho y razón se refiere a la posibilidad jurídica de lograr un pronunciamiento final que le conceda el éxito, sin que esa verosimilitud sea el motivo de la pretensión cautelar, sino el respaldo que la sostiene.

El análisis judicial acerca de la pretensión cautelar determina la provisionalidad de la decisión. Es cierto que hay una cognición limitada y sin otro apoyo que la credibilidad primera, mas siempre existe conocimiento y la resolución supone ejercer una actividad propia del juzgamiento o de la ejecución, pero en etapas distintas.

En ese sentido, este presupuesto asienta, principalmente, en la etapa de proposición, cuando el juez recibe la demanda principal con un capítulo inserto en el que se pide la precautoria, o en una acción anterior que se peticiona con las responsabilidades de comenzar el juicio principal tiempo después de ordenada y trabada la medida cautelar.

Es un juicio provisorio que toma en cuenta las probabilidades de éxito ante la base de las certezas objetivas que surge de los hechos y el derecho, *prima facie*, aplicables. Calamandrei lo explica como:

Un juicio de investigación sobre el derecho. 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; en sede cautelar basta que esa existencia del derecho aparezca verosímil, 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 aquel que solicita la medida cautelar (Calamandrei 1945, 77).

Este tiempo es el de la verosimilitud, porque tras el debate técnico, el juego de presunciones existentes por reconocimiento ficto, el silencio o las evasivas cuando hay una carga que debe expedirse, permiten también que se dicten medidas cautelares, pero éstas no lo son por la verosimilitud derivada, sino por los efectos consecuentes de una norma legal que autoriza la cautela. Por lo tanto, la

verosimilitud del derecho no es un juicio a futuro, sino la decisión inmediata que se toma ante la pretensión dispuesta con la demanda o en un incidente autónomo.

La particularidad señala que la sentencia cautelar se apoya en un derecho que se considera suficiente. Es un juzgamiento *prima facie* que se piensa que tiene cierta dosis de inconstitucionalidad porque prejuzga la causa principal, y toma en cuenta para ello que lo precautorio es un instrumento de garantía y eficacia para el proceso principal. Quizás, debido a esta preocupación, algunas legislaciones evitan decretarlas *inaudita pars*, como sucede en Brasil y Perú.⁷

Sin embargo, lo provisorio del examen de admisión no juzga los hechos de la causa, sino la necesidad de asegurar un resultado futuro. De aquí la mencionada instrumentalidad del proceso cautelar, que mediante la actividad preventiva quiere resguardar la eficacia del resultado final.

El problema siguiente es deducir si el conocimiento preliminar tiene un fin en sí mismo que permita disponer medidas provisionales de oficio, porque si el objetivo es escudar la vigencia del pronunciamiento final, de modo que pueda ser ejecutable, esto

⁷ El proceso cautelar ordinario se resuelve sin escuchar a la otra parte, pero en el procedimiento cautelar especial del Código Procesal Civil del Perú (previsto para obtener una medida cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los gobiernos locales o regionales), dispone que la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada durante el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debe ser notificada a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la admite, "lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso; se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo; y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación es resuelta por la Corte Suprema. Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales, ha puesto en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar" (Salcedo 2008, 175). En Brasil, la citación es indispensable para ordenar medidas cautelares (Diário Oficial de União, artículo 802) y debe ser requerida por el actor; se sustancia por cinco días.

podría ser de interés para el Tribunal, sin necesidad del impulso o la disposición de la parte.⁸

Ésta es una visión que trasciende el espacio de los derechos disponibles para quedar instalado en las funciones jurisdiccionales o en el poder del que juzga. Son resoluciones que apremian la aplicación de lo resuelto, antes que bonificar al que reclama un derecho que se considera verosímil.

PELIGRO EN LA DEMORA (*PERICULUM IN MORA*)

Así como sin verosimilitud no es posible decretar medidas precautorias, también la urgencia por hacerlo se fundamenta en ella. El perjuicio irreparable da motivos suficientes para ordenar lo que se pide, ya sea para conservar el estado en que se encuentra o para impedir otras situaciones irreversibles.

El requisito se debe acreditar objetivamente. No es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Para Rivas:

el peligro no es que se produzca la demora pues este es un hecho inexorable y no por ello corresponderá que se decrete cautelar en todo pleito. El peligro consiste en que durante la demora ocurrán hechos que puedan hacer que la sentencia no pueda hacer sentir los efectos buscados por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional (por ejemplo, que se produzca la enajenación del bien en litigio, su deterioro o destrucción, la pérdida de solvencia patrimonial del deudor, el cambio de situaciones jurídicas o de hecho) (Rivas 2007, 48).

Así como en la verosimilitud se habla de prueba manifiesta de producción innecesaria por ser evidente o no exigir actividad en tal sentido, en el *periculum in mora* la acreditación del riesgo no

⁸ Por ejemplo, el artículo 797 del Código de Processo Civil de Brasil, dice: "Solo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, determinará el juez medidas cautelares sin audiencia de las partes" (Diário Oficial de União).

supone el deber de investigar y demostrar que la persistencia del estado litigioso es el motivo central que funda la admisión; verdaderamente lo que se tiene que poner en evidencia es la realidad que está comprometida con la controversia, la que por ser multifa-cética permite obrar con discrecionalidad y prudencia.

A veces, el impedimento del requisito no trata de la solvencia evidente del deudor que resiste en una causa de contenido pa-trimonial, sino del contenido del problema que obliga a dejar las cosas en el estado en que se encuentran (por ejemplo, el aumen-to de capital social dispuesto en la asamblea societaria, como me-canismo para socavar el peso del voto del socio minoritario, no se resuelve con la matemática de reparar con dinero el perjuicio, sino con la medida oportuna que prohíba el abuso hasta que se resuelva con la sentencia de fondo). En otras, el peligro de continuidad es evidente, como suspender la prestación de asistencia médica a un enfermo que necesita atención diaria (diabéticos, enfermos re-nales con tratamiento de diálisis, síndrome de inmunodeficiencia adquirida y provisión de drogas, etcétera).

En la doctrina se toman como elementos de ponderación los que reglamentan los ordenamientos procesales, de forma tal que el peligro en la demora se confunde con los motivos que la ley im-pone. En cambio, la doctrina española más calificada prefiere clasifi-car las situaciones de riesgo en:

- 1) Riesgos que afectan la posibilidad práctica de ejecución con-siderada en absoluto, por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica.
- 2) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecu-ción en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución gené-rica) o de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.
- 3) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el

ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe, que lo ha inscrito a su favor).

- 4) Riesgos de ineffectividad que derivan del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia, en cuanto a la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse; ese retraso supone por sí mismo una lesión irreversible de tal situación (Ortells y Calderón 1996, 14).

AUTONOMÍA O VINCULACIÓN ENTRE LOS PRESUPUESTOS

La duda más importante que tiene este presupuesto general de admisión de las medidas cautelares radica en la posibilidad de ser aislado de la verosimilitud y permitir que trabaje con independencia.

Si bien es cierto que ambos presupuestos están vinculados con la etapa de admisión, no es posible descartar que el peligro en la demora pueda existir en situaciones extrañas o distintas a las que presentan las sentencias de condena. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar la medida crearía un serio riesgo a la tutela que el requirente tiene desde el comienzo, sin perjuicio, de la condición instrumental que asume la cautela para robustecer el carácter ejecutivo de las decisiones judiciales.

En ese sentido, al no ser el caso de previsiones ya establecidas, el riesgo de alterar el objeto procesal con la continuidad de las actuaciones sirve como ejemplo y testimonio para la autonomía del recaudo. Un caso habitual se da en el ámbito contencioso administrativo con la suspensión cautelar de la ejecución del acto (por ejemplo, impugnación judicial del reglamento que suspende su ejecutividad hasta que se esclarezca con la sentencia), pero hay otras cuestiones que exceden la disputa común entre partes, cuando el conflicto resiente derechos constitucionales cuyo mantenimiento y continuidad no es posible obstruir.

En ésta, como en otras situaciones similares, por su entidad y trascendencia, la urgencia adquiere singularidad y no debe ser vista como paliativo de las demoras del proceso (cuando resulta simultánea con la verosimilitud en el derecho), sino como un elemento fundamental para resolver la protección urgente que se deduce.

Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha consagrado el derecho a la justicia efectiva, de manera que para evitar los perjuicios que irroga la lentitud de los procesos se aceptan las medidas cautelares como un medio para conseguir que la garantía constitucional se reasigure.

Para Ferrer Mac-Gregor, también las medidas cautelares son trascendentales para los procesos constitucionales. Así, señala que:

En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, hábeas corpus y hábeas data, la suspensión de los actos (en sentido amplio) provenientes de autoridad o de particulares (en ciertos casos), constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo conservativas, sino de carácter innovativas al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.

En otros procesos constitucionales, como en los conflictos competenciales y de atribuciones entre poderes y órganos del estado, resulta de igual importancia este tipo de medidas cautelares contra actos (y en ocasiones disposiciones generales) para evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad) y lograr la eficacia del proceso. La importancia de las medidas cautelares en estos instrumentos procesales aumenta en aquellos sistemas que prevén que las sentencias no tendrán efectos retroactivos, como sucede en el caso mexicano, al operar esta regla en general, salvo en materia penal que rigen los principios y disposiciones legales aplicables para esta materia, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (en adelante LR105).

En cambio, su importancia se reduce en los procesos de regularidad constitucional abstracta de normas generales, que por regla no prevén la suspensión, como sucede en la acción de inconstitucionalidad

mexicana en el que: "La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada", como lo predica el tercer párrafo del artículo 64 de la LR105. Regla que también se sigue en la controversia constitucional cuando se hubiere planteado respecto de normas generales, en términos del artículo 14 del mismo ordenamiento, conforme lo analizaremos más adelante (Ferrer 2008, 133).

CONTRACAUTELA O BILATERALIDAD

La admisión de medidas cautelares tiene detractores. Muchos sostienen su inconstitucionalidad cuando al ser decretadas no se escucha a la otra parte. Por esa razón, las legislaciones evitan esta característica cuando se trata de procesos contra el Estado.

En México, el Código Federal de Procedimientos Civiles (DOF 1943) se debate entre los presupuestos del artículo 384, que permite decretar antes de iniciar el juicio (o durante el mismo) todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho (no innovar) o el embargo de bienes (artículo 389), o bien, el aseguramiento de libros, documentos y papeles (artículo 389.2); recaudos que se piden, sin atender a la contraparte (artículo 395), aunque deben afianzar el derecho que obtienen (artículos 387 y 391).

En cambio, cuando se trata de procesos colectivos, el artículo 611 señala que:

Para decretar estas medidas, el juez dará vista por tres días a la parte demandada para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares y solicitará opinión a los órganos y organismos competentes a que se refiere la Fracción I del artículo 585 de este Código o de cualquier otra autoridad en los términos de la legislación aplicable (DOF 1943).

En el extinto Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) se debe tomar en cuenta el artículo 365, inciso 4, que establecía:

Si dentro del plazo fijado para la admisión de la queja o denuncia, la Secretaría valora que deben dictarse medidas cautelares lo propondrá a la Comisión de Quejas y Denuncias para que ésta resuelva, en un plazo de veinticuatro horas, lo conducente, a fin de lograr la cesación de los actos o hechos que constituyan la infracción, evitar la producción de daños irreparables, la afectación de los principios que rigen los procesos electorales, o la vulneración de los bienes jurídicos tutelados por las disposiciones contenidas en este Código (Cofipe 2008).

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, por su parte, establece en el artículo 24 bis que:

Las medidas cautelares se tramitarán de conformidad con el incidente respectivo, el cual se iniciará de conformidad con lo siguiente: I. La promoción en donde se soliciten las medidas cautelares señaladas deberá contener los siguientes requisitos: a) El nombre del demandante y su domicilio para recibir notificaciones, el cual deberá encontrarse ubicado dentro de la región de la Sala que conozca del juicio, así como su dirección de correo electrónico, cuando opte porque el juicio se substancie en línea a través del Sistema de Justicia en Línea; b) Resolución que se pretende impugnar y fecha de notificación de la misma; c) Los hechos que se pretenden resguardar con la medida cautelar, y d) Expresión de los motivos por los cuales solicita la medida cautelar.

II. El escrito de solicitud de medidas cautelares deberá cumplir con lo siguiente: a) Acreditar la necesidad para gestionar la medida cautelar, y b) Adjuntar copia de la solicitud, para cada una de las partes, a fin de correrles traslado.

En caso de no cumplir con los requisitos previstos en las fracciones I y II del presente artículo, se tendrá por no interpuesto el incidente. En los demás casos, el particular justificará en su petición las razones por las cuales las medidas cautelares son indispensables y el Magistrado Instructor podrá otorgarlas, motivando las razones de su procedencia.

La solicitud de las medidas cautelares se podrá presentar en cualquier tiempo, hasta antes de que se dicte sentencia definitiva (DOF 2005).

El artículo 25, que interesa por la bilateralidad, dispone que el incidente de medidas cautelares se resuelve en el plazo de cinco días, contados a partir de que haya recibido el informe del imputado o que haya vencido el término para presentarlo.

Estas desigualdades son propias de quienes dividen la admisión de cautelares en dos sectores bien diferenciados: a) el que corresponde a la potestad de quien debe otorgarlas; b) el que atiende el perjuicio hipotético que ello causa.

Cuando ambas condiciones se suman es evidente que la obtención de medidas cautelares exige que el beneficiario preste contracautela. Como no hay prejuzgamiento, la decisión se toma a expensas del derecho verosímil o del peligro que encierra postergar la petición, y encuentra como paliativo de la inseguridad el afianzamiento del beneficiado por los perjuicios que pudiera irrogar.

Pero ésta puede ser una solución para los procesos controversiados; aquellos que enfrentan dos partes con derechos en pugna. Cuando el conflicto se presenta en la dimensión electoral, la resolución cautelar es distinta, no es la naturaleza, sino en los objetivos. Con ella se busca cesar los actos o hechos que dan lugar a la denuncia y, de este modo, conseguir que terminen los efectos nocivos que se investigan. Evitar daños irreparables es un objeto inmediato, porque en conjunto resguardan los principios que rigen las instituciones y los procesos electorales.

De la finalidad anterior surge la necesidad de otro objeto, esta vez mediato, el cual es buscado por la jurisdicción al resguardar la probable ejecución de sus mandatos. Todo el desarrollo sugiere una provisionalidad manifiesta; si bien la medida trataba alcanza el resultado, no deben descartarse efectos secundarios dirigidos a respaldar la eficacia de la sentencia ante la pretensión principal.

Este mecanismo, generalmente, tiene sentido desde la perspectiva del requirente que procura un beneficio particular mirando al futuro y, con ello, auxilia al Tribunal al ofrecerle un medio para resguardar la ejecutividad de las decisiones. La particularidad está

en que el poder cautelar es del Tribunal, no de la parte, que sólo posee el principio de disposición o el interés para obrar.

Sin embargo, visible en la tutela cautelar y más evidente en la tutela urgente, existe la posibilidad de decretar de oficio medidas cautelares (nominadas e innominadas), y son las que se citan para la jurisdicción electoral. Pueden ser prohibiciones para innovar o designaciones de veedores o informantes, inhibiciones futuras o acciones del tipo de los *mandamus*, pero todas buscan impedir que la amenaza conspire con la afectación de derechos especialmente protegidos por la norma fundamental, y en la necesidad de actuar de cierta forma, eficaz y oportuna, como un deber propio de la actividad judicial.

Que se quiera asegurar el riesgo no es problema, porque, en realidad, no es un presupuesto de admisión, sino de procedencia formal de las medidas cautelares, al constituir el reaseguro del que goza el sujeto pasivo. Por ella se obtiene una relativa seguridad respecto de los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuera sin derecho o abusiva.

Pero esta contracautela tiene dos vías de interpretación. Una transita el camino del derecho a la tutela cautelar que se expuso anteriormente. La idea central es que se asegure un resultado o se resguarden cosas, bienes o personas para que el proceso tenga efectividad y certeza futura. De este encuadre, las medidas cautelares (y también las tutelas de urgencia) estimulan la adopción de medidas idóneas y útiles a los fines antedichos. En esta corriente, la contracautela debiera ser el reaseguro del afectado por la conducta abusiva, y tendría que trabajar como una multa procesal, sumada a los daños y perjuicios (inciertos y que debieran ser probados en proceso autónomo) derivados de la responsabilidad emergente.

La otra es responsabilizar el uso abusivo de las medidas cautelares que lleva al objetivo de indemnizar a la víctima, en cuyo caso la suma de la multa e indemnización es una posibilidad de práctica difícil, pero no imposible.

La caución de costas más daños y perjuicios reúne ambas direcciones, pese a que el dispositivo legal pareciera estar en el curso de la primera senda, con la particularidad de que obstruye

claramente el objetivo cautelar. De algún modo es la dicotomía entre resolver si la contracautela es siempre exigible y ejecutable, o si puede ser un presupuesto no esencial, canjeable o sustituible por otros mecanismos.

CONCLUSIONES DE LA BILATERALIDAD

La anulación del contradictorio pone en duda la garantía de bilateralidad en los procesos, lo que en realidad no es tal porque no hay ausencia de notificación, sino que se difiere para después de tratar la cautelar dispuesta, pensado así para lograr eficacia en la medida.

De este modo, para Falcón:

En el sistema nacional [argentino] esa bilateralidad se encuentra bastante limitada, ya sea porque se debe seguir a través de un recurso, donde las pruebas no se revisan, ya porque en el incidente de revisión de las medidas la reproducción de la prueba puede resultar dificultosa por el transcurso del tiempo o por las maniobras que haya tomado el mismo que solicitó la medida. Como paliativo para esta situación la ley ha establecido la responsabilidad para las medidas tomadas sin derecho (art. 208, CPCC), pero ello no permite un adecuado y certero control en su trámite por el perjudicado (Falcón 2008, 94-5).

La ineficacia reconocida en el funcionamiento del sistema federal mexicano no significa que sea inconstitucional la regla dispuesta, porque el derecho de audiencia existe, aunque prorrogado; quizás el problema esté en el derecho de defensa que tiene el cautelado para revertir la medida que se le impone.

En ese sentido, hay que dividir las aguas para atender, por un lado, que la regla de disponer medidas cautelares típicas sin escuchar al afectado es una expresión del más amplio poder jurisdiccional, al ser el juez quien tiene la potestad de hacerlo; y por el otro, cuanto de verdad existe en que la disminución de posibilidades de contradicción afecta el derecho de defensa en un juicio.

La primera cuestión tiene, al parecer, una polémica aún sin resolver. Ésta consiste en definir con exactitud la responsabilidad judicial en la adopción de medidas cautelares. Si la regla actual se considera válida y se acepta la irresponsabilidad porque depende de cuánto pida y quiera el demandante, no parece demasiado justo penal a quien tiene una cautela previa y una sentencia desfavorable, ante la discrecionalidad del magistrado para controlar oportunamente y no cuando el perjuicio se ha concretado, siendo que pudo evitarlo.

La cuestión siguiente se relaciona también con este principio de intervención oportuna para equilibrar las posibilidades de acción y reacción. Es cierto que el mejor sistema cautelar está basado en la sorpresa, de modo que al ser pedidas y decretadas las medidas cautelares, *inaudita parte* se impide la distracción de bienes o el ocultamiento de ellos. En mecanismos como los que aquí se muestran —en los que no tienen cabida instituciones como la denuncia de valores, bienes o posesiones, la interdicción de actividades bancarias, entre otras—, el peso específico de las medidas cautelares nominadas e innominadas es supremo y se tiende a preservar su eficacia.

La crisis aparece cuando ellas se consiguen, porque el afectado tiene las posibilidades reducidas de reversión o variación. En este aspecto, la provisionalidad de las precautorias responde a la consigna de sostener el principio de bilateralidad, pero el de igualdad procesal no parece suficientemente amparado.

MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA ELECTORAL

CONTROL DE LEGALIDAD

Desde una perspectiva personal, los procesos latinoamericanos tienen una posibilidad distinta a la de la actuación de los jueces europeos y de aquellos en que la justicia administrativa se particulariza. El poder jurisdiccional americano tiene tres funciones clave:

- 1) Resolver los conflictos intersubjetivos.
- 2) Controlar la constitucionalidad de las leyes.
- 3) Fiscalizar el cumplimiento del principio de legalidad en el obrar de la administración.

Un proceso electoral es constitucional cuando las particularidades del conflicto obligan al juez a trabajar desde la norma máxima del Estado, apartándose de las posiciones particulares que se insinúan. La regla siguiente es aplicar el principio de legalidad, desde el cual corresponde ejercer el control de los actos y, sobre todo, aparece el control de convencionalidad (CPEUM, artículo 1), lo que agrega una impronta a la tutela judicial efectiva.

ACTUACIÓN CAUTELAR

Cuando se aplica en materia electoral, el marco recién planteado tiene varias facetas de actuación directa. Tanto las instancias administrativas como las jurisdiccionales tienen la obligación de responder al principio de supremacía constitucional, y en este cuadro de obligaciones y potestades surge el poder cautelar.

El Instituto Federal Electoral (IFE)⁹ trabaja en el primer tramo junto a otros organismos menos específicos, pero todos agrupados en la defensa y aplicación de la Constitución política.

El proceso electoral está regulado y ordenado por la norma fundamental y es implementado en los procedimientos por la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y antes por el Cofipe. Las elecciones de representantes son llevadas a cabo por las autoridades electorales, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos en cuatro etapas: preparación de la elección, jornada electoral, resultados y declaraciones de validez de las elecciones, y dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo.

Cuando surgen conflictos de aplicación, existen medios de impugnación (generales) y vías de gravamen (especiales), que son recursos que permiten a los ciudadanos y a los partidos políticos

⁹ El 10 de febrero de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones, en materia político-electoral, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Uno de los cambios sustanciales es la transformación del Instituto Federal Electoral (IFE) en Instituto Nacional Electoral (INE).

corregir, modificar, revocar o anular los actos y resoluciones de las autoridades que violen o vulneren sus derechos.

En el ámbito federal, el sistema de medios de impugnación en materia electoral está integrado por:

- 1) El recurso de revisión (RRV).
- 2) El recurso de apelación (RAP).
- 3) El juicio de inconformidad (JIN).
- 4) El recurso de reconsideración (REC).
- 5) El juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano (JDC).
- 6) El juicio de revisión constitucional electoral (JRC).
- 7) El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral (JLI) o el conflicto o diferencia laboral entre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y sus servidores (CLT).

Este esquema sumariamente expuesto permite analizar cuáles son los organismos que tienen poder cautelar y cuáles son las medidas que se pueden adoptar.

En un estudio sistemático del abrogado Cofipe se advierte que, interpretados en armonía los artículos 52, 365, párrafo 4, y 368, párrafo 8, la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE está facultada para ordenar varias medidas cautelares, con el fin de evitar que se vulneren los principios rectores del proceso electoral y, en general, que no se afecten los bienes jurídicos tutelados constitucional y legalmente.

Lo anterior, porque el legislador previó que en la instrumentación y resolución del procedimiento especial sancionador participen distintos órganos del INE, de modo que mientras facultó a la citada comisión para decretar, dada su urgencia, medidas cautelares de igual carácter, por otra parte depositó en el Consejo General del propio instituto no sólo la emisión de la decisión final de dicho procedimiento, sino también las facultades expresas para pronunciarse respecto de toda medida precautoria.

En ese sentido, cuando se provee una disposición cautelar se debe examinar la existencia del derecho cuya tutela se pretende, y justificar el temor fundado de que, ante la espera del dictado de

la resolución definitiva, desaparezca la materia de la controversia; de igual forma, se han de ponderar los valores y bienes jurídicos en conflicto, y de demostrar la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de dicha medida.

En el supuesto de violaciones a leyes estatales durante procesos electorales locales, por el medio que sea y la forma como se produzca, el IFE, en ejercicio de sus atribuciones, y mediante la Comisión de Quejas y Denuncias, colabora exclusivamente con la autoridad local para ordenar la suspensión del acto o la medida provisional que se entienda más conveniente. Pero ambas autoridades actúan en un contexto de coordinación administrativa, con pleno respeto de sus ámbitos competenciales y para dar funcionalidad al sistema.

En este orden de ideas, en el esquema previo a la reforma electoral de 2014, para el dictado de la medida cautelar que, en su caso, corresponda, el IFE no podía ejecutar la orden sin antes dar inicio a un procedimiento especial sancionador, pues era el órgano administrativo electoral local el que se pronunciaba respecto de la violación aducida a la legislación respectiva. Estimar lo contrario daría lugar a la apertura de dos procedimientos sancionadores (federal y local), en detrimento del principio de administración de justicia de manera pronta, completa e imparcial que se consagra en la Constitución federal.

La intervención de cautelares en materia electoral es más importante en los modelos que en las medidas típicas de conservación y resguardo. Si bien éstas también se dan en los procedimientos y recursos electorales, de igual forma es cierto que hay cuestiones que exceden lo controversial para quedar instaladas en el campo de lo preventivo o lo innovador.

Por ejemplo, cuando se trata de propaganda política, se pueden tomar decisiones provisionales en las siguientes hipótesis:

- 1) Contratación y adquisición de tiempos en radio y televisión por los partidos políticos, por sí mismos o por terceras personas, físicas o morales.
- 2) Infracción a las pautas y tiempos de acceso a radio y televisión.

- 3) Difusión de propaganda política o electoral que contenga expresiones que denigren a las instituciones, a los partidos políticos o que calumnien a las personas.
- 4) Difusión en radio y televisión de propaganda gubernamental de los poderes federales, estatales, de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público.

En cambio, en el supuesto de violaciones a leyes locales durante los procesos electorales respectivos, por el contenido de la propaganda difundida en cualquier medio, a diferencia de las anteriores, la autoridad administrativa electoral local era competente para conocer el procedimiento sancionador y, en su caso, imponer la pena correspondiente; en estos casos, el IFE, en ejercicio de sus atribuciones, por medio de la Comisión de Quejas y Denuncias, se coordinaba con la autoridad local exclusivamente para conocer y resolver acerca de la petición de medidas cautelares, en cuanto a la transmisión de propaganda en radio y televisión.

La amplitud funcional de la tutela cautelar se da, inclusive, por medio de otras vías, como el JRC. Tal sería el caso cuando en contra de un acto de una autoridad electoral local se hiciera valer el juicio o recurso idóneo, conforme a la legislación ordinaria, para lograr su revocación, modificación o anulación y, coetáneamente, ante la incertidumbre de que la resolución se emita antes de que concluya y quede firme una etapa del proceso electoral, cautelarmente se promueve el JRC, pero el medio impugnativo local es desecharlo de manera incorrecta. Esto trae como consecuencia que, con la insistencia del actor para que se sustancie correctamente el proceso impugnativo estatal, se disminuya en términos reales o se extinga la posibilidad de la restitución impetrada, por cualquier motivo, como puede ser el mero transcurso del tiempo electoral. En tal caso, se debe tener por satisfecho el requisito de procedibilidad en el JRC promovido de manera cautelar.

Así resolvió el TEPJF cuando sostuvo que:

[...] El requisito de definitividad y firmeza previsto en el artículo 99, párrafo cuarto, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, se desarrolla en el artículo 86, apartado 1, incisos a) y f), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, al reiterar, por una parte, que los actos o resoluciones impugnables en el juicio de revisión constitucional electoral deben ser definitivos y firmes, y por la otra, que para la promoción de dicho proceso tienen que haberse agotado, en tiempo y forma, todas las instancias previas establecidas por las leyes, para combatir los actos o resoluciones electorales, en virtud de los cuales se pudieron haber modificado, revocado o anulado. La razón lógica y jurídica de esta exigencia constitucional y legal, estriba en el propósito, claro y manifiesto, de hacer del juicio mencionado un medio de impugnación excepcional y extraordinario, al que sólo se pueda acudir cuando ya no existan al alcance medios ordinarios para conseguir la reparación plena de los derechos o prerrogativas en los que se hubieran visto afectados, sea porque no están previstos por la ley, porque los contemplados en ella resulten insuficientes para conseguir cabalmente ese propósito reparador, o porque los previstos y suficientes hubieran sido promovidos o interpuestos sin éxito para el afectado. Este razonamiento se ve corroborado con el texto del inciso f) del apartado 1 del artículo 86 del ordenamiento legal antes mencionado, en donde no sólo se exige que se agoten oportunamente y formalmente las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales, sino que se enfatiza que esas instancias previas deben ser aptas para modificar, revocar o anular los actos o resoluciones lesivas de derechos. En esa virtud, el análisis sobre la satisfacción de este requisito de procedibilidad, no debe hacerse con una visión estática de la ley y de los hechos a los que se va a aplicar, sino atender necesariamente a la dinámica de ambos elementos, porque sólo de esa forma se puede conseguir poner a salvo, en los casos concretos, los valores constitucionalmente protegidos a través de este proceso jurisdiccional, de manera que la posibilidad de que los recursos establecidos por las leyes puedan producir los efectos reparatorios para los que están destinados, no debe verse aisladamente, sino a la luz de todas las circunstancias reales que concurren en el caso que se examine, a fin de determinar si en el momento de proveer sobre la revisión constitucional es o no

factible la reparación por el medio ordinario, y si no existe esa factibilidad, verificar si tal situación obedece a actos, omisiones o actitudes del afectado, o se debe a circunstancias que le son ajenas; de tal modo que, aunque en el momento de surgir un acto o resolución electoral, un determinado medio legal ordinario de impugnación resulte idóneo para conseguir a través de él la restitución de derechos, si con el transcurso del tiempo y la presencia de otras circunstancias desaparece en la realidad esa posibilidad reparatoria, se debe considerar que es constitucionalmente innecesario agotar hasta sus últimas consecuencias ese recurso o medio ordinario, y considerar procedente el juicio de revisión constitucional electoral, si satisface los demás requisitos previstos para ese efecto, siempre y cuando no subsista la posibilidad de que se dicten fallos contradictorios en el medio ordinario y el juicio constitucional.

SUSPENSIÓN DEL ACTO

La suspensión del acto administrativo es la primera medida de carácter urgente y preferencial que se cuenta para tener el control de la legalidad del acto y de las conductas. Algunos la consideran una medida cautelar, del tipo de las prohibiciones de hacer o del mandato de ejecución.

No obstante, por vía de principio, la prohibición de innovar no es remedio contra providencias jurisdiccionales en razón del conflicto de competencia que provoca, ni puede afectar actos administrativos o legislativos, dada la presunción de validez que ostenta tal principio.

La primera conclusión no tiene más que resistencias aisladas, como aquella que formula De Lázzeri, para quien la medida puede extender el radio de acción hacia otros litigios iniciados o prontos a hacerlo, además indica que esto se apoya en el principio de igualdad constitucional que propone tratar a todos “con la misma vara”; en cambio, si mediara sentencia firme, ella no podría ser alterada por haber pasado en autoridad de cosa juzgada y haberse incorporado al patrimonio como derecho de propiedad (Lázzeri 1989, 558).

La segunda proposición, en cambio, admite restricciones cuando al acto, administrativo o legislativo, es impugnado con bases *prima facie* verosímiles (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1994).

Pero en materia electoral, como acto constitucional y con resoluciones regidas por el derecho público, vinculados siempre en una medida considerable con los intereses generales de una comunidad, la suspensión puede dar lugar a inseguridades o, eventualmente, causar perjuicios irreparables.

Por tal motivo, hay una resistencia notoria no sólo para suspender provisionalmente el acto cuestionado, sino, además, para darle efectos retroactivos. Es cierto que tampoco constituye un imperativo *sine qua non* que los efectos de la nulidad actúen inmediatamente cuando con éstos se produzca un gran daño o incertidumbre en la ciudadanía, como podría ocurrir, por ejemplo, si se deja sin efectos *erga omnes* un ordenamiento jurídico que resulta fundamental en el engranaje organizativo y de funcionamiento del Estado o en alguno de sus poderes u órganos, de tal modo que su falta desarticule y ponga en peligro el cumplimiento de los fines del Estado o la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados.

O bien, la anulación del acto materialmente administrativo puede traer como consecuencia la desintegración de un órgano del Estado, como un Tribunal electoral, lo que produciría un vacío y una desatención a los derechos fundamentales, al cerrar la jurisdicción ordinaria a los partidos políticos y gobernados, y al abandonar temporalmente a las partes que protege y a los procesos electorales, independientemente de que exista una jurisdicción extraordinaria. La suspensión de la jurisdicción ordinaria merma considerablemente el derecho de acceso efectivo e inmediato a la justicia.

En este sentido, la Constitución (art. 105) prevé que la declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren sus fracciones I y II, no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales de esta ma-

teria, y por otra parte, en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que determine la fecha en la que producirán sus efectos las sentencias, precisando que la declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos; también el artículo 41, fracción VI, último párrafo, de la Constitución, recoge esos principios, cuando determina que en los medios de impugnación en materia electoral no procede la suspensión de los actos o resoluciones impugnados, con lo que se deja de manifiesto que surten sus efectos de inmediato, lo que se corrobora con la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en su artículo 6°, apartado 2. Consecuentemente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los términos del artículo 93, apartado I, inciso b), de la ley en cita, especialmente, cuando advierta que los efectos de sus resoluciones estimatorias pueden producir un riesgo de la magnitud indicada para una comunidad, al generar la desarticulación de sus instituciones jurídicas, debe ponderar tal situación y fijar con precisión la forma en que han de producirse los efectos de su resolución, de tal manera que, al mismo tiempo que cumpla con la finalidad de garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos electorales objeto de impugnación, evite la producción de esos perjuicios al interés general (Tesis S3EL 027/2003).

Habría que pregonar otra salida y seguir con el principio de que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño; y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad, o irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar (Gordillo 1999, 71).

En la práctica, la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma y, al ser similar a la prohibición de innovar, se distingue por otras características. Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión mediante el amparo directo, siempre que con la medida no se produzcan perjuicios al interés social ni se infrinjan disposiciones de interés público. La solicitud de suspensión vuelve conflictiva y judicializa una medida que se podría conseguir por medio de la actuación cautelar.

En la ley Federal de procedimiento Contencioso Administrativo se otorga una vía especial. Dice el art. 28. La solicitud de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, presentado por el actor o su representante legal, se tramitará y resolverá, de conformidad con las reglas siguientes:

I. Se concederá siempre que:

- a) No se afecte el interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
- b) Sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al solicitante con la ejecución del acto impugnado.

II. Para el otorgamiento de la suspensión deberán satisfacerse los siguientes requisitos:

a) Tratándose de la suspensión de actos de determinación, liquidación, ejecución o cobro de contribuciones, aprovechamientos y otros créditos fiscales, se concederá la suspensión, la que surtirá sus efectos si se ha constituido o se constituye la garantía del interés fiscal ante la autoridad ejecutora por cualquiera de los medios permitidos por las leyes fiscales aplicables.

Al otorgar la suspensión, se podrá reducir el monto de la garantía, en los siguientes casos:

1. Si el monto de los créditos excediere la capacidad económica del solicitante.
2. Si se tratara de tercero distinto al sujeto obligado de manera directa o solidaria al pago del crédito.
- b) En los casos en que la suspensión pudiera causar daños o perjuicios a terceros, se concederá si el solicitante otorga garantía bastante para reparar el daño o indemnizar el perjuicio que con ella se cause, si éste no obtiene sentencia favorable.

En caso de afectaciones no estimables en dinero, de proceder la suspensión, se fijará discrecionalmente el importe de la garantía.

La suspensión a la que se refiere este inciso quedará sin efecto, si previa resolución del Magistrado Instructor, el tercero otorga a su vez contragarantía para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la notificación del acto impugnado al solicitante y a pagar los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, si finalmente la sentencia definitiva que se dicte fuere favorable a sus pretensiones, así

como el costo de la garantía que este último hubiere otorgado. No procede admitir la contragarantía si, de ejecutarse el acto, quedare sin materia el juicio.

c) En los demás casos, se concederá determinando la situación en que habrán de quedar las cosas, así como las medidas pertinentes para preservar la materia del juicio principal, hasta que se pronuncie sentencia firme.

d) El monto de la garantía y contragarantía será fijado por el Magistrado Instructor o quien lo supla.

III. El procedimiento será:

a) La solicitud podrá ser formulada en la demanda o en escrito diverso presentado ante la Sala en que se encuentre radicado el juicio, en cualquier tiempo mientras no se dicte sentencia firme.

b) Se tramitará por cuerda separada, bajo la responsabilidad del Magistrado Instructor.

c) El Magistrado Instructor deberá conceder o negar la suspensión provisional de la ejecución, a más tardar dentro del día hábil siguiente a la presentación de la solicitud.

d) El Magistrado Instructor requerirá a la autoridad demandada un informe relativo a la suspensión definitiva, el que se deberá rendir en el término de tres días. Vencido el término, con el informe o sin él, el Magistrado resolverá lo que corresponda, dentro de los tres días siguientes.

IV. Mientras no se dicte sentencia firme en el juicio, el Magistrado Instructor podrá modificar o revocar la resolución que haya concedido o negado la suspensión definitiva, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

V. Cuando el solicitante de la suspensión obtenga sentencia favorable firme, el Magistrado Instructor ordenará la cancelación o liberación de la garantía otorgada. En caso de que la sentencia firme le sea desfavorable, a petición de la contraparte o en su caso, del tercero, y previo acreditamiento de que se causaron perjuicios o se sufrieron daños, la Sala ordenará hacer efectiva la garantía otorgada ante la autoridad.

En suma, la presunción de validez y ejecución plena de los actos administrativos no es una valla insuperable para conseguir la

suspensión, siempre y cuando surjan claramente la arbitrariedad o la ilegalidad manifiestas.

También la suspensión procede por cuestiones de legitimidad, concepto que tiene una dimensión más amplia que la legalidad porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y esto ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad) y socialmente aceptada (justificación social).

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: además del hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de la decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que surge del acto. Pero también es cierto que muchas veces un acto lesivo surge de comportamientos ajustados a derecho que, siendo legales (por su encuadre *de iure*), son ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

Para el final, y en la medida que la jurisprudencia ha sido oscilante en su aplicación, resta considerar la exigencia de gravedad del caso para ordenar la suspensión. Se pensaba que no sólo el acto administrativo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también revestir una gravedad evidente, sin la cual no era posible admitir la dilación de cumplimiento, si para acreditar el perjuicio se necesitaba un ámbito más amplio que el de la simple apariencia del buen derecho. Pero después se atendió el reporte del daño que con el acto se provoca. Es decir, hay que advertir lo *manifesto* antes que la gravedad que el hecho importa.

CONCLUSIONES

Al cabo de estas reflexiones breves y demasiado concisas, se procura señalar los avances y progresos de la teoría general del proceso en relación con la autonomía que va cobrando el poder cautelar.

La subordinación a un proceso principal continúa el camino conocido de los presupuestos habituales que condicionan la admisión y el progreso. Anidan aquí la apariencia del buen derecho (*fumus bonis juris*) y el peligro que tiene no llegar a una resolución rápidamente (*periculum in mora*).

En este espacio tradicional, la discusión más notable ha sido resolver si las cautelares se pueden disipar sin bilateralidad, amparando el riesgo de hacerlo de este modo, con la contracautela o fianza para asumir la responsabilidad que tiene que eludir, aunque sea temporariamente, el derecho a ser escuchado.

No es desconocido en el derecho comparado que esta idea no se aplica mayoritariamente en los conflictos en que el Estado es parte, aunque haya una tendencia a igualar los derechos como manda la máxima de que el "debido proceso" es para todos los procedimientos.

Pero el poder cautelar aparece en el escenario y da un giro sereno, pero firme, el cual demuestra una clara transformación en el derecho procesal, en la que la influencia de lo constitucional, sumada al impacto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pone de relieve dicha alteración del conjunto inicial que fundó la ciencia.

En este sentido, cada capítulo muestra esas contingencias. Primero con la introducción de los principios generales de las medidas cautelares, en los que se diferencia con supuesta claridad la distancia que existe entre lo urgente y lo cautelar, y aquello que no exige más que una decisión oportuna en lugar de aplicar purísimos de las formas.

Se ha tratado de mostrar esa evolución del derecho precautorio, en la cual torna polémica la subsidiariedad que se le asigna. Hoy, la autonomía deja de ser un espejismo y reclama ciertas singularidades y exigencias propias para un derecho a la tutela cautelar.

De inmediato, esa confrontación descubrirá que el problema central se agudiza con el juego operativo de las normas que se aplican en cada caso, pues con el surgimiento de los bloques de constitucionalidad

lidad y el impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno, los jueces no tienen ya un solo ordenamiento de referencia (CPEUM, artículo 1).

Así, el gran dinamismo altera los cimientos del debido proceso decimonónico; hay un cambio de intereses e interesados, así como un plazo razonable para gestionar y resolver, y otras cuestiones transversales, como determinar cuál es el trabajo con un modelo de eficacia.

De este modo, llegan las manifestaciones actuales de la actuación cautelar. Se podría llamar ahora a ese fenómeno medidas provisionales de tipos diversos:

- 1) Cautelares típicas.
- 2) Preventivas.
- 3) Anticipatorias.
- 4) Especiales diferenciadas.
- 5) De satisfacción inmediata.
- 6) De creación judicial.

No se descarta que para su progreso sea necesario reforzar la verosimilitud de cuanto se pide; la justificación deberá exceder la apariencia para quedar amparada en lo evidente, y que no existan dudas razonables.

Por eso, el afianzamiento (contracautela) será un elemento del reaseguro, pero nunca una condición para obrar con la urgencia que se pide y acredita.

Y así, finalmente, se podrá constatar que el procedimiento y el proceso electoral forman una tribuna proclive a hacer y desarrollar estas formas diferentes de los sistemas cautelares.

No se tratará de seguir la regla de actuación cuando ya todo pasó (*ex post facto*), sino de anticiparse a los hechos, de fomentar el activismo judicial y la oportunidad precisa de actuar, con justicia y equidad, en territorios tan fértils como el derecho de participación, el sufragio electivo y la conformación plena de un Estado con la forma republicana de gobierno.

FUENTES CONSULTADAS

- Bedaque, José Roberto. 1998. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros.
- Berizonce, Roberto O. 1996. Tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva. En *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 651,2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bordalí Salamanca, Andrés. 2001. "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil". *Revista de Derecho* (diciembre).
- Calamandrei, Piero. 1945. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Calderón Cuadrado, María Pía. 1993. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Cívitas.
- Carbone, Carlos. 2000. Los despachos interinos de fondo. En *Sentencias anticipadas*, dir. Jorge W. Peyrano. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzel-Culzoni.
- Carnelutti, Francesco. 1986. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ejea.
- Chamorro Bernal, Francisco. 1994. *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución española*. Barcelona: Bosch.
- Chiovenda, Giuseppe. 1977. *Principios de derecho procesal civil*. t. I. Madrid: Reus.
- Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco. 1969. Ley 968. 6 de septiembre. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/ley-chaco-968-codigo_procesal_civil_comercial.htm;jsessionid=1457rdyvkif1ye1hhfa9s0vii?0 (consultada el 7 de mayo de 2014).
- Cofipe. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. 2008. México: IFE.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2013. México: TEPJF.
- CSJN. 1994. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Cadopi, Carlos H. c. Provincia de Buenos Aires, ED, 161-83 - JA, 1995-IV-509.
- Diário Oficial da União. 1973. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro, Institui o Código de Processo Civil. 17 de enero. Disponible en <http://>

- www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html.
- DOF. Diario Oficial de la Federación. 1943. Código Federal de Procedimientos Civiles. 24 de febrero. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf> (consultada el 7 de mayo de 2014).
- . 2005. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. 1 de diciembre.
- . 2013. Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2 de abril.
- Falcón, Enrique M. 2008. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. t. IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. 2008. Los poderes del juez y las medidas cautelares en las controversias constitucionales. Ponencia presentada en las "VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional", 23 de mayo, en Cancún, Quintana Roo.
- García de Enterría, Eduardo. 1995. *La batalla por las medidas cautelares*. 2^a ed. Madrid: Cívitas.
- Gordillo, Agustín A. 1999. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4^a ed. t. 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Lázzeri, Eduardo de. 1989. *Medidas Cautelares*. t. I. La Plata: Editorial Platense.
- Marinoni, Luiz Guilherme. 1996. *Novas linhas do Processo Civil*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros.
- . 1998a. *La anticipação da tutela*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros.
- . 1998b. "Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)". *Revista Dos Tribunais* (San Pablo).
- . 2008a. "La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño". *Jurisprudencia Santafesina* 25: 17.
- . 2008b. "El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (abril).
- Nicolau, Noemí L. 1996. "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional". *La Ley* 1996-A. Argentina: 1245.
- Ortells Ramos, Manuel y María Pía Calderón Cuadrado. 1996. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Comares.

- Peyrano, Jorge W. 1995. "Lo urgente y lo cautelar". *Jurisprudencia Argentina* 5923 (marzo): 2 [También en *Ius et Veritas* 10].
- . 2001a. La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. *Génesis y evolución*. En Peyrano 2001b, 118-66.
- , dir. 2001b. *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- . 2001c. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En Peyrano 2001b.
- . 2004. *La acción preventiva*. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Pico i Junoy, Joan. 2002. "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?". *Jurisprudencia Argentina* 2002-A.
- Ramos Méndez, Francisco. 1992. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch.
- Rivas, Adolfo Armando. 2007. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Rojas, Jorge A. 2000. "Un 'nuevo' molde para el amparo". *Revista de Derecho Procesal* 5.
- Salcedo Cuadros, Carlos. 2008. "La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales". *Actualidad Constitucional Gaceta Jurídica* 172 (marzo): 175-80.
- Tesis S3EL 027/2003 - Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-189/2002.—Partido Revolucionario Institucional.—4 de diciembre de 2002.—Unanimidad de seis votos.—PONENTE: José Fernando Ojesto Martínez Porcayo.—SECRETARIO: José Alberto Casas Ramírez.
- Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. 1993. Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. 8 de enero. Disponible en <http://www.iberius.org/es/AisManager?Action=ViewDoc&Location=getdocs:///DocMapCSDOCS.dPortal/2874> (consultada el 7 de mayo de 2014).
- Wach, Adolf. 1962. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea.
- Zela Villegas, Aldo. 2008. *La tutela preventiva de los derechos*. Lima: Palestra.

Medidas cautelares en el derecho procesal electoral
es el número 27 de la serie Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral. Se terminó de imprimir en octubre
de 2014 en Impresora y Encuadernadora Progreso,
S.A. de C.V. (IEPSA), calzada San Lorenzo 244,
colonia Paraje San Juan, CP 09830, México, DF.

Su tiraje fue de 2,500 ejemplares.