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

# 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, ac-tualmente 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 crediti-cio, 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



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

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


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



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

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

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).



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

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


La 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



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

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

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.



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

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


> 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.



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

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

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



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

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


(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.



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

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

> 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.



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

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


## 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 ejercitar (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.



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

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

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 ciernes.

La tutela preventiva tiene un carácter procesal, distinto a la cautela 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.



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

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


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 procedimental, 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).



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

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

Por 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 provisorios 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 fisonomías 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.



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

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


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



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

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

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 permanente 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).



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

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


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).



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

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

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 acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un



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

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


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.



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

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

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,



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

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


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.



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