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

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.

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 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

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

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.

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

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 ocurran 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).

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

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 multifacética 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 patrimonial, sino del contenido del problema que obliga a dejar las cosas en el estado en que se encuentran (por ejemplo, el aumento de capital social dispuesto en la asamblea societaria, como mecanismo 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 renales 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 impone. En cambio, la doctrina española más calificada prefiere clasificar las situaciones de riesgo en:

1) Riesgos que afectan la posibilidad práctica de ejecución considerada 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 ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica) 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

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

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 inefectividad 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.

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 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 reasegure.

Para Ferrer Mac-Gregor, también las medidas cautelares son trascendentes 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

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

> 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:

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

> 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.

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 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 controvertidos; 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 trabada 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

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

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

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

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 trabar 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; quizá 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.

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 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 penar 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.

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