

# MEDIDAS CAUTELARES Y JUICIO DE AMPARO: NOTAS PARA SU MODERNIZACIÓN

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA\*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. III. El derecho a la tutela judicial efectiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. IV. La tutela cautelar como derivación de la tutela judicial efectiva. V. La tutela cautelar como derecho fundamental. VI. Las medidas cautelares. VII. Reflexión final: la suspensión del acto administrativo y otras medidas cautelares en el juicio de amparo.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 17, que la justicia será pronta, expedita, completa e imparcial. Las prescripciones que instaura esta norma no son potestativas para los jueces, son de carácter imperativo y deben cumplirse tal como lo manda la norma constitucional.

Todos sabemos de los múltiples problemas que existen en la administración de justicia en materia administrativa, sobre todo con el cumplimiento de los plazos por parte de los juzgadores, quienes alegan, como principal problema, la sobrecarga de trabajo de sus tribunales o juzgados.

Además, debemos mencionar que el juicio de amparo en materia de medidas cautelares esta bastante desactualizado, pues únicamente contempla la suspensión de acto reclamado, siendo que las legislaciones más avanzadas también contemplan la adopción de medidas cautelares positivas.

Pero además, debemos recordar que México firmó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual, existe una obligación de

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

nuestro país, impuesta por la propia Convención y por las sentencias de la Corte, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.<sup>1</sup>

En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva, que surge de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y 17 de nuestra Constitución, “exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.<sup>2</sup>

La existencia del principio de la tutela judicial efectiva, de la cual deriva la tutela cautelar y obviamente las medidas cautelares, obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto frente al poder público.<sup>3</sup>

De ahí la importancia de la regulación dentro del sistema jurídico, y específicamente dentro del juicio de amparo en materia administrativa, de las medidas cautelares; pues durante muchos años y quizá siglos, las dificultades para alcanzar la revisión judicial del comportamiento de la administración pública ha traído como consecuencia situaciones de privación de justicia.

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 166. Todas las sentencias de la Corte se pueden consultar en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

<sup>2</sup> CIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, párrafo 115.

<sup>3</sup> Prado Moncada, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, *Lex. Difusión y análisis*, año VII, núm. 92, febrero del 2003, p. 21.

Lo anterior demuestra que la incorporación de medidas cautelares positivas al juicio de amparo sería un gran avance que seguramente permitirá al administrado gozar plenamente de un verdadero Estado de derecho.

En las páginas siguientes haremos una breve exposición sobre la importancia y contenido del principio de la tutela judicial efectiva y de su interpretación tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de nuestro máximo tribunal; también analizaremos algunos problemas que existen dentro del juicio de amparo en materia administrativa en México, especialmente con el único tipo de medida cautelar que regula la ley y que es la suspensión de acto reclamado.

## II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### 1. Surgimiento y evolución

El derecho a la tutela judicial efectiva surgió, como derecho constitucional, luego de la segunda guerra mundial, en Europa, como una reacción a la situación jurídica anterior al conflicto mundial.

Después de la Segunda Guerra Mundial y precisamente a causa de las atrocidades cometidas con ocasión de ella y la consecuente degradación del género humano, surgió con creciente vigor la cultura de los derechos humanos como expresión de la reacción de la conciencia de la comunidad universal contra esa barbarie.

Una de las tendencias más relevantes del nuevo orden internacional, que surgió al final de la guerra de 1945, estuvo centrada en el tema de los derechos humanos. Las nuevas Constituciones “pretendieron frenar los embates del poder público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso-administrativa”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Idem.*

La Constitución italiana de 1947 fue la primera que consagró expresamente en su texto el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>5</sup> De igual manera, en Alemania, el artículo 19 IV de la *Grundgesetz* de 1949 consagró ese fundamental derecho.<sup>6</sup>

En los distintos instrumentos de orden internacional también se encuentra reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, podemos mencionar que el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup> del 10 de diciembre de 1948, el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos<sup>8</sup> del 4 de noviembre de 1950, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup> del 19 de diciembre de 1966, y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>10</sup> del 22 de noviembre de 1969, establecen el derecho a la tutela judicial efectiva.

Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sancionada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, regula expresamente y específicamente en su artículo 47 el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> El artículo 24 de la Ley Fundamental italiana establecía: “Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado de procedimiento”.

<sup>6</sup> El texto de la Constitución alemana era el siguiente: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

<sup>7</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

<sup>8</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

<sup>9</sup> “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

<sup>10</sup> “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>11</sup> García de Enterría, refiriéndose a Europa, ha dicho que “Hoy existe, virtualmente, en todos los países occidentales europeos (y, desde luego, así lo proclaman la jurisprudencia supranacional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la del Tribunal Europeo de Derechos

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene una amplitud muy grande. Este derecho contempla dentro de su amplio contenido varios principios que surgen para establecer un sistema de control jurisdiccional. En este sentido, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no solamente supone el acceso a los órganos de la jurisdicción, “sino que va mucho más allá y regula el acceso a los distintos recursos que prevé el ordenamiento jurídico, un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como la observación de ciertas garantías que aseguren el derecho a un debido proceso y supone, igualmente, la obtención de una sentencia eficaz”.<sup>12</sup>

## 2. Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

Como dijimos antes, el derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido.

En un Estado de derecho, donde se garantiza el derecho a la justicia pronta y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles; la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que la Constitución señala.

En el caso *Bulacio vs Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que

---

Humanos) un derecho universal al juez, que no encuentra valladar alguno oponible. La plenitud del sometimiento de los aparatos públicos a la Ley y al Derecho y su correlativo sometimiento a las acciones judiciales de protección, de modo que es sometimiento sea realmente efectivo, ha pasado a ser así, de este modo, un rasgo esencial y común en la concepción europea del Estado de Derecho”. García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, FUNDAP, 2003, p. 55.

<sup>12</sup> Prado Moncada, Rafael G., *op. cit.* (nota 3), p. 21.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.<sup>13</sup>

Pero en muchas ocasiones, el derecho a la tutela judicial, es vulnerado por normas que establecen requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción. Si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, obviamente serán contrarias a dicho principio.<sup>14</sup>

En la actualidad de lo que se trata es de asegurar mejor las garantías que protegen los derechos constitucionales y supranacionales, redimensionando el principio de la tutela judicial efectiva en la moderna línea de la protección de los derechos humanos.

### III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

#### 1. *En la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales que reconocen y promueven los tratados internacionales de derechos humanos y las modernas Constituciones.

Según lo dispuesto en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

---

<sup>13</sup> CIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, párrafo 115.

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, novena época, tesis 1a. LIII/2004, t. XIX, mayo de 2004, p. 513.

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Con relación al artículo 8.1 citado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que dicho numeral consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.

De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.<sup>15</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia, de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c), de la Convención, según el cual ninguna disposición de ella puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.<sup>16</sup>

Por otra parte, en el artículo 25 de la Convención también se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Al analizar el citado artículo 25, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que

---

<sup>15</sup> CIDH, Caso Cantos, párrafo 49.

<sup>16</sup> CIDH, Caso Blake. Guatemala, párrafo 96.

Este artículo establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. [...] que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención; [...] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.<sup>17</sup>

## *2. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Constitución federal, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes. Lo cual quiere decir que todos los tribunales del país, estén dentro de la orbita del Poder Judicial o no, están obligados a realizar actos en sentido material e intrínsecamente jurisdiccionales; es decir, todo órgano del Estado que tenga como función principal la de impartir justicia, tendrá que cumplir con los mandatos que dicta el artículo 17 constitucional, sin importar que el órgano estatal que los realice pertenezca al Poder Legislativo, al Judicial o al Ejecutivo, siempre y cuando la ley los autorice para ello y no haya prohibición constitucional al respecto.<sup>18</sup>

Asimismo, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el artículo 17 de la Constitución federal establece el principio de la tutela judicial efectiva, y que ese principio puede definirse como “el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear

---

<sup>17</sup> CIDH, Caso Cantos, párrafo 49.

<sup>18</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Primera Sala, tomo XXI, Enero de 2005, tesis 1a. CLV/2004, p. 409.

una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”.<sup>19</sup>

Es decir, el principio de la tutela judicial efectiva garantiza al administrado que su pretensión va a ser estudiada por el juez y que este va a darle respuesta a sus demandas en el tiempo que establece la ley que regula dicho proceso.

En opinión de Daniel Márquez Gómez, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia, es muy importante recalcarlo, justicia, no legalidad, lo que implica una satisfacción plena de las pretensiones que aduzca el promovente ante los órganos encargados de la administración de justicia, lo que va más allá de la simple tutela judicial, entendida como el acceso a la jurisdicción. Esa justicia debe estar pronta a obrar y libre de todo estorbo, como se desprende de los dos significados de la palabra “expedita”; además, debe ser impartida en los plazos y términos que imponga la ley. Por otra parte, los sujetos obligados: los tribunales, deben emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Esto es, las decisiones jurisdiccionales deben estar listas en los plazos que establece la ley, agotar los puntos sujetos a debate y constituir verdaderos monumentos a la justicia, sin cargarse a favor de ninguna de las partes contendientes.

Esto significa que constitucionalmente todos los habitantes del país tenemos derecho a una tutela judicial efectiva [...]. Esta tutela se impone a la administración activa y a los tribunales administrativos, atendiendo a que la Constitución plasma los derechos mínimos de los administrados frente al poder público.<sup>20</sup>

En ese sentido, las medidas cautelares, que se enmarcan dentro de la garantía de la tutela judicial efectiva, no sólo significan anticipo de garantía jurisdiccional sino que son la misma garantía. Pues como dice García Pullés, “resultaría ilusorio hablar de garantía jurisdiccional si los actos que la concretan

---

<sup>19</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Primera Sala, tomo XIX, Mayo de 2004, tesis 1a. LIII/2004, p. 513.

<sup>20</sup> Márquez, Gómez, Daniel, “Algunas reflexiones sobre la administración pública y la justicia administrativa. La tutela judicial efectiva”, en López Olvera, Miguel Alejandro (coord), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete. En sus 45 años de docencia*, México, UNAM, 2006, pp. 138-139.

carecieran de efectividad, pues implicaría un error escindir los actos que aseguran la efectividad de la resolución final de la garantía misma”.<sup>21</sup>

Así, el derecho del administrado a la tutela judicial efectiva se traduce correlativamente en la obligación, no sólo constitucional, sino en estos tiempos internacional y supranacional, que tienen el Estado de cumplir con su obligación de impartir justicia, pronta, imparcial, expedita y completa.

#### IV. LA TUTELA CAUTELAR COMO DERIVACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal.

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva, se presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, con lo cual “las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, [...] se convierten ‘en instrumento de la tutela judicial ordinaria’, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional”.<sup>22</sup>

El derecho a la tutela cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la tutela judicial efectiva, y adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, la del derecho sustantivo.

Además, la tutela cautelar se inserta dentro de los principios supranacionales y constitucionales que enmarcan el proceso administrativo, como son la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, consagrados en la Constitución federal y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como son, entre muchos otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>21</sup> García Pullés, Fernando R., *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 40.

<sup>22</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, UNAM, 2005, p. 303.

Así, las medidas cautelares podríamos conceptualizarlas dentro del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que junto al juicio de amparo representarían medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución, o las leyes.<sup>23</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se desprende de su propio texto, garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre el Estado, en este caso sobre la justicia, el deber de prevenir los posibles actos que imposibiliten, tornen ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho.

La necesidad de asegurar la tutela cautelar es particularmente relevante en aquellos casos en que por su complejidad fáctica o probatoria no es posible acudir a una vía sumarísima.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones que

el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.<sup>24</sup>

“La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto, deja de ser justicia”.<sup>25</sup>

Con la expresión “tutela cautelar”, sostiene Snopek, se denominan tanto las medidas destinadas a asegurar provisionalmente no sólo el buen fin de un proceso, sino también todas aquellas otras que tienden a garantizar preventivamente lo que puede ser necesario para defender esos derechos o

---

<sup>23</sup> CIDH, Caso Blake, Guatemala, párrafo 101.

<sup>24</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides, Perú, párrafo 163.

<sup>25</sup> Pastor de Peirotti, Irma y Ortiz de Gallardo, María Inés del C., “Medidas cautelares en la justicia administrativa: fundamentos y alcances”, *Estudios de derecho administrativo. X. El proceso administrativo en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, p. 433.

intereses legítimos, aun generales; ello aun cuando no se haya iniciado o sea menester deducir un proceso.<sup>26</sup>

Para García de Enterría,

Existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar en el proceso administrativo, cuyo contenido será toda acción por parte del juzgador que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no sólo suspensiones de actos administrativos.<sup>27</sup>

Por lo tanto, la tutela cautelar es concebida por la Ley como un medio de asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia que recaiga en el proceso, contrarrestando, así, los efectos que se derivan del privilegio de la ejecutividad del acto administrativo.<sup>28</sup>

## V. LA TUTELA CAUTELAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Siguiendo la opinión de Miguel Carbonell, podemos decir, en primer lugar, que un derecho fundamental es aquel que esta reconocido por una disposición de derecho fundamental.

Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en normas de derecho fundamental, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Snopek, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, La Plata, Librería Editora Platense, 1985, p. 29.

<sup>27</sup> García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 15.

<sup>28</sup> Véase Roca Roca, Eduardo, Bensusan Martín, Ma. del Pilar, Pérez Gálvez, Juan Francisco y Roca Fernández-Castanys, Ma. Luisa, *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Concordada, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 541.

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, p. 11.

Es decir, “una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental”.

En este sentido, la tutela cautelar es un derecho fundamental porque esta establecido en normas de derecho fundamental; es decir, en tratados internacionales y en la propia Constitución no sólo de México, sino de la mayoría de los países del mundo.

Este derecho está contenido en una serie de tratados internacionales de derechos humanos. En particular en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También esta consagrado implícitamente en el artículo 17 de la Constitución federal.

Al consagrarse en el texto constitucional el derecho a la tutela cautelar, se convierte en un derecho fundamental.

Según González Pérez y González Navarro,

Existe un derecho a la tutela cautelar que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial eficaz y que, en consecuencia, es también él mismo un derecho fundamental. La tutela cautelar no es ya, como decía la vieja jurisprudencia, un acto discrecional, mucho menos un acto graciable del poder público. La tutela cautelar es un derecho fundamental.<sup>30</sup>

Así, podemos afirmar que el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental porque esta expresamente reconocido en normas de carácter internacional, supranacional y constitucional.<sup>31</sup>

## VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 1. *Generalidades*

---

<sup>30</sup> González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, Civitas, t. II, 1997, p. 1241.

<sup>31</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, (nota 29), pp. 1-14.

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de una de las partes o de oficio para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho.<sup>32</sup>

Son instrumentos que puede decretar el juzgador, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.<sup>33</sup> También pueden ser utilizadas para dar justicia anticipada o autónoma, como es el caso de las medidas cautelares llamadas autónomas, reguladas en la legislación procesal en Argentina.<sup>34</sup>

El principal problema que se presenta en la actualidad en el juicio de amparo en materia administrativa, es el de la lentitud, lo cual trae aparejado cierto riesgo de que mientras se “aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, con lo cual se tornen ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho”.<sup>35</sup>

Consideran Fix-Zamudio y Ovalle Favela que las medidas cautelares son una de las categorías esenciales del derecho procesal, “ya que el lapso inevitable (que en la practica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales) por el cual se

---

<sup>32</sup> Díez, Manuel María, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, pp. 311 y 312. Comenta: “Al objeto de garantizar la situación y derechos del litigantes desde que plantea su pretensión en sede administrativa o judicial hasta la terminación del juicio, es necesario acordar al peticionante algunas facultades cuyo ejercicio le permita poder ejecutar a su tiempo los derechos que eventualmente pueden reconocérsele en la sentencia, para que éstos no resulten ilusorios”. Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, “Control judicial de la administración. Medidas cautelares”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Jesús González Pérez homenaje. Derecho procesal administrativo I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 728. Por su parte, considera que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso –en el caso administrativo- o previamente a él, a pedido de un interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener situaciones de hecho, como un anticipo de la garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces”.

<sup>33</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Derecho procesal”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, 1991, tomo III, p. 1268. En el mismo sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, las define como los “instrumentos provisionales que permiten conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un juicio”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Primera Sala, tomo XXI, Junio de 2005, tesis 1a. L/2005, p. 649.

<sup>34</sup> Véase al respecto, García Pullés, Fernando R., *op. cit.* (nota 21).

<sup>35</sup> Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *op. cit.* (nota 32), p. 728.

prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia”, hace indispensable la utilización de estas medidas cautelares para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario, lograr que ésta tenga eficacia práctica.<sup>36</sup>

Esta situación impone, entonces, el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis y el mantenimiento de los estados de hecho y de derecho vigentes al momento en que se promovió la demanda o se formuló la petición extracontenciosa, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva pueda resultar de cumplimiento posible o revista interés para el justiciable.<sup>37</sup>

Consideramos, además, que las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para defensa de la persona y de sus derechos. Así, las medidas cautelares y la pretensión principal, contenida en la demanda, se encuentran vinculadas a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho reclamado.

## 2. Características de las medidas cautelares

### A. Instrumentalidad

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de una demanda en materia administrativa, demanda que dará lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir,<sup>38</sup> las medidas cautelares son instrumentales o subsidiarias, puesto que nacen en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *op. Cit.* (nota 32), p. 1268.

<sup>37</sup> Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *op. cit.*, (nota 32), p. 728.

<sup>38</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *op. cit.* (nota 22), p. 310.

<sup>39</sup> Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 32.

No tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso que reviste el carácter de principal, del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que se va a dictar.

Las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella.<sup>40</sup>

Dado que el proceso cautelar carece de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de instrumentalidad, la pretensión cautelarmente deducida no guarda equivalencia con la pretensión principal y, a fortiori, menos aún podría intentarse obtener a través de aquélla resultados o efectos que por la naturaleza de la acción principal deducida no se alcanzarían con la admisión de esta última.

### *B. Provisionalidad*

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *op. cit.* (nota 22), p. 310.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 311.

Esta característica, afirma Carmen Chinchilla Marín, “Hace referencia a la vigencia temporal de la tutela cautelar que pierde su eficacia cuando emana la sentencia, ya sea reconociendo el derecho, ya negando su existencia”.<sup>42</sup>

Si la sentencia es estimatoria, la medida cautelar pasará a tener carácter definitivo. Por el contrario, si es desestimatoria, se extinguirá y habrá que determinar incidentalmente los perjuicios que haya causado. No debemos perder de vista que la finalidad fundamental de la medida adoptada es asegurar la eficacia del resultado del proceso principal.<sup>43</sup>

Las medidas cautelares, sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, “constituyen medidas provisionales que se caracterizan generalmente, por ser accesorias y sumarias y sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes”.<sup>44</sup>

Por último, no hay que olvidar tampoco que habrá ocasiones en las que los efectos –todos o algunos—de las medidas cautelares otorgadas se conviertan en definitivos, por la sencilla razón de que den lugar a situaciones irreversibles.

### *C. Urgencia*

Lo característico de las medidas cautelares, considera Carmen Chinchilla Marín, es que han de adoptarse con urgencia, inmediatamente, especialmente en el ámbito administrativo, donde los actos de la administración pública son inmediatamente eficaces y, por tanto, de inmediato obligado cumplimiento.<sup>45</sup>

Las situaciones que dan lugar a una medida cautelar siempre llevan inherente un cierto riesgo de sufrir un menoscabo en el patrimonio, derechos, etcétera en quien la solicita, lo que, obviamente, justifica la medida cautelar.

---

<sup>42</sup> Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.* (nota 39), p. 34.

<sup>43</sup> Roca Roca, Eduardo *et al*, *op. cit.* (nota 28), p. 554.

<sup>44</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Primera Sala, tomo XIX, Junio de 2004, tesis 1a./J. 28/2004, p. 138.

<sup>45</sup> Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.* (nota 39), p. 36.

Por ello, afirma Agustín Gordillo:

El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido: de allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado.<sup>46</sup>

#### D. Variabilidad

La variabilidad se refiere al hecho de que según las exigencias de cada caso en particular, la medida debe ser valorada. Así, la medida cautelar está sujeta, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones que corresponden a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva medida cautelar, considere que la medida cautelar ordenada inicialmente ya no sea adecuada a la nueva situación creada durante ese tiempo.<sup>47</sup>

Con lo anterior se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar está siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar puede ser reformada si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

#### E. Homogeneidad

---

<sup>46</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. 453.

<sup>47</sup> Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *op. cit.* (nota 32), p. 737.

Las medidas cautelares que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de esta última, que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un *test* previo de la legalidad del acto o norma, cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar.<sup>48</sup>

El juez debe juzgar sobre la procedencia de la medida en sí misma, mas no prejuzgar sobre el fondo del asunto. No debe valorar el fondo de las cosas, sino tan sólo la credibilidad de la invocación del derecho que formula el requirente.

### 3. *Presupuestos*

La procedencia de las medidas cautelares se justifica, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Dicha procedencia queda subordinada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: juez competente o incompetente, verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora, interés social y orden público, y la garantía.

#### 1. *Juez competente o incompetente*

Es juez competente para entender en las medidas cautelares, el que deba conocer en el juicio principal. Aunque en materia de medidas cautelares debe procederse con criterio amplio para evitar la frustración de los derechos de los particulares y el dictado de pronunciamientos que al fin resulten inoficiosos o de improbable cumplimiento.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, ha señalado que “en casos de urgencia y a fin de

---

<sup>48</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *op. cit.* (nota 22), p. 311.

resguardar la vigencia de un valor superior, como es el de la eficacia de la jurisdicción –frente a un eventual vicio de incompetencia que, en el caso, no resulta manifiesto-, resulta que son válidas las ordenadas por un tribunal incompetente siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones contenidas en las normas procesales”.<sup>49</sup>

Dicho principio también ha sido recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto C-104/03,<sup>50</sup> en el cual dispuso

11. El artículo 24 del Convenio<sup>51</sup> autoriza a un órgano jurisdiccional de un Estado contratante a resolver sobre una solicitud de medida provisional o cautelar aunque no sea competente para conocer del fondo del litigio. Dicha disposición prevé así una excepción al sistema de competencia organizado por el Convenio y debe, por tanto, interpretarse de manera restrictiva.

12. La excepción a la competencia prevista en el artículo 24 del Convenio, pretende evitar a las partes el perjuicio resultante del alargamiento de los plazos inherentes a todo procedimiento internacional.

En síntesis, podemos decir que el juez ante quien se interponga la solicitud de medida cautelar, vista su incompetencia, y tomados los recaudos necesarios para no causar perjuicios al actor, debe turnar el expediente al magistrado que él considere competente.

## 2. Verosimilitud del derecho

La verosimilitud del derecho o *fumus bonis iuris* debe entenderse como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso. El *fumus bonis iuris*, o apariencia de buen

---

<sup>49</sup> Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativa, sala V, “Eagle Star (internacional Life) Limited – Suc. Argentina- c/Superintendencia de Seguros de la Nación”, sentencia del 14 de julio de 2000.

<sup>50</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-104/03, del 28 de abril de 2005. Se puede consultar en <http://curia.eu.int>.

<sup>51</sup> El artículo 24 del Convenio dispone que “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un Tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo”.

derecho, exige inequívocadamente la descripción de los derechos amenazados, cuya tutela requiere, sin más, el dictado de la medida cautelar.

El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que

La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.<sup>52</sup>

Si éste no se cumple, ya no es necesario analizar la existencia de peligro en la demora, porque por más que se demuestre la realidad del riesgo inmediato de perder el derecho que se intenta cautelar la medida precautoria no puede ordenarse si previamente no se acredita que se ha vulnerado el derecho del peticionante.<sup>53</sup>

En tanto el dictado de toda cautelar importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, resultando, por lo demás, el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad.<sup>54</sup>

En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de

---

<sup>52</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, abril de 1996, tesis P./J. 16/96, p. 36.

<sup>53</sup> Tettamanti de Ramela, Adriana, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", *Estudios de derecho administrativo. X. El proceso administrativo en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, p. 500.

<sup>54</sup> Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala V, "Correo Argentino S.A.", sentencia del 16 de marzo de 2001. Ver también, del mismo tribunal, Sala II, "Camuzzi Gas del Sur S.A. y Otro c/ Resol. 463/02 Enargas (Expte.7530/01) s/ ", sentencia del 24 de junio de 2003.

otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales. Consecuentemente, si toda medida cautelar descansa en los principios de verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro en la demora, el Juez [...] puede analizar esos elementos en presencia de una clausura ejecutada por tiempo indefinido, y si la provisión cautelar [...], es ineficaz, debe dictar medidas que implican no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional [...].<sup>55</sup>

### 3. Peligro en la demora

El dictado de las medidas cautelares responde a la necesidad, como habíamos comentado, de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o que tendrían por efecto convertir el daño temido en efectivo.

El recaudo de peligro previsto para la procedencia de las medidas cautelares se encuentra intrínsecamente relacionado con la irreparabilidad del perjuicio.

El peligro en la demora, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales.<sup>56</sup>

De tal modo que el peligro en la demora, o también llamado *periculum in mora*, se vincula con el daño, el cual deberá invocarse y acreditarse en modo particularizado, aun cuando no sea necesaria una prueba concluyente al respecto.

---

<sup>55</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, Abril de 1996, tesis P./J. 16/96, p. 36.

<sup>56</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, Abril de 1996, tesis P./J. 16/96, p. 36.

Además, sostiene Ana Cristina Logar, a los fines de evaluar la procedencia de la medida cautelar, corresponde interrelacionar los presupuestos de verisimilitud del derecho y el peligro en la demora.<sup>57</sup>

De esta forma, se configura peligro en la demora que justifica la anticipación de la tutela judicial cuando existe una relación directa con el objeto principal de la demanda, siendo importante recordar que en muchas decisiones resulta necesario conceder la medida solicitada, pues si el órgano jurisdiccional no actúa, (aunque sea de modo provisorio), es muy probable que nunca más pueda hacerlo con eficacia, ya que muchas veces la demora está representada por el lapso que, necesariamente, consumirá la tramitación de un pleito y el tránsito de la sentencia a cosa juzgada.<sup>58</sup>

Es decir, que en el marco de una de las alternativas legales bastará invocar y acreditar la sola posibilidad de sufrir un perjuicio inminente; resultando suficiente el

---

<sup>57</sup> Logar, Ana Cristina, "Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Botassi, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2000, p. 400.

<sup>58</sup> Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativa, sala V, "Eagle Star (internacional Life) Limited – Suc. Argentina- c/Superintendencia de Seguros de la Nación", sentencia del 14 de julio de 2000. Véase también Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, "Moya, Rubén G. c/Dirección Gral. de Verificación y Habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 29 de octubre de 2001. Existe peligro en la demora que torna procedente la suspensión del acto de clausura de un local comercial dispuesto por el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atendiendo a la fuente alimentaria de ingresos que la actividad del actor implica, máxime cuando en el caso no se observa una urgente afectación del interés público comprometido. En sentido contrario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, estableció: "De los artículos 50, 51 y 52 de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, se advierte que los establecimientos en que se exploten videojuegos, sólo podrán funcionar si cumplen con los requisitos en ellos contenidos, así como estar inscritos en el Registro de Videojuegos para el Distrito Federal, ya que ante la omisión de su registro, la autoridad administrativa correspondiente procederá a clausurarlos en forma inmediata y permanente, con fundamento en el artículo 81 de la ley citada, lo que pone de relieve que el derecho a explotar esa actividad está condicionada al cumplimiento de los requisitos legales relativos, y a la inscripción de los videojuegos en el registro indicado. Por tanto, resulta improcedente conceder la suspensión respecto de la clausura de un establecimiento mercantil de esa naturaleza si no está inscrito en el registro de referencia, toda vez que el titular de tal establecimiento carece del derecho que pretende preservar y la suspensión no puede válidamente tener por efecto constituir derechos de los que carece; aunado a que de concederse la medida cautelar, se causaría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, ya que la clausura que el legislador ha establecido ante la falta del registro, es reveladora de que la sociedad está interesada en que los establecimientos en los cuales se preste ese servicio funcionen con estricto apego a las normas que lo regulan." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, tomo XX, julio de 2004, tesis 2a./J. 84/2004, p. 485.

temor del daño, pues ello configura un interés jurídico que justifica el adelanto jurisdiccional.<sup>59</sup>

#### 4. *El interés social y el orden público*

Según Gallegos Fedriani,<sup>60</sup> el interés social no es un concepto carente de contenido concreto. Lo que sucede es que dicho concepto dependerá de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales y, en general, culturales, reinantes en un país o en un lugar determinados, en un tiempo dado.

Por ello, el concepto de interés social no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones de las costumbres que le han dado origen.

La Ley de Amparo, dispone en su artículo 124, que

Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el agraviado;

II. *Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.*

Se considera, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando de concederse la suspensión:

a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes;

b) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;

c) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario;

d) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza;

e) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

f) Se produzca daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o que por ese motivo afecte la salud de las personas, y

g) Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de Ley o bien se encuentre en alguno de lo

---

<sup>59</sup> Logar, Ana Cristina, *op. cit.* (nota 57), p. 400.

<sup>60</sup> Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *Las medidas cautelares contra la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 59.

supuestos previstos en el artículo 131 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de esta Ley; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional; [...]

Sobre el particular, Eduardo García de Enterría ha dicho que

Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o imaginación puedan sugerirles, como habilitantes de una verdadera discrecionalidad, en sentido técnico, según la cual cualquier decisión, cualquier opción entre alternativas sería legítima. Más bien la intención [...] viene a ser precisamente la contraria. [...] La Administración no cuenta con una autonomía de actuación completa. Su actuación está en principio determinada por las Leyes, las cuales son las que efectúan, dentro de la Constitución, la selección de lo que en el concierto social debe ser calificado de interés general y confiado, en una u otra medida, a la gestión administrativa.<sup>61</sup>

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha considerado que “si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la [medida cautelar] solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado”.<sup>62</sup>

Pero también hay que decir, siguiendo a Juan Antonio Hernández Corchete, que

por mucho que una actuación de la Administración pública esté destinada a la consecución del interés general y por muy importante que éste sea, si no se ajusta a los cauces previstos por el Derecho para

---

<sup>61</sup> García de Enterría, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, núm. 89, Enero-Marzo de 1996.

<sup>62</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, Abril de 1996, tesis P./J. 16/96, p. 36.

el ejercicio de las potestades públicas o, aun más claro, si no se ampara en una potestad legalmente atribuida, respecto de ese acto o disposición no puede la Administración hacer valer sus prerrogativas.<sup>63</sup>

## 5. La garantía

Como requisito para otorgar la medida cautelar, la ley le impone a la parte actora el otorgamiento de una garantía. Esta garantía “funciona como una previsión legal contra el eventual resarcimiento que pudiera demandar el cautelado por los daños y perjuicios que pudiera provocar su traba, si aquél derecho que aparece como verosímil no existiera o no llegara a actualizarse”.<sup>64</sup>

El artículo 125, de la Ley de Amparo, establece que

En los casos en que es procedente la suspensión pero pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, se concederá si el quejoso otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaron si no obtiene sentencia favorable en el juicio de amparo.

Cuando con la suspensión puedan afectarse derechos del tercero perjudicando que no sean estimables en dinero, la autoridad que conozca del amparo fijará discrecionalmente el importe de la garantía.

Es decir, de acuerdo con la lectura a este artículo, la regla general es la exigencia de la garantía, y sólo excepcionalmente el magistrado podrá no exigirla.

La garantía que el actor debe otorgar en los casos en que la medida cautelar sea procedente, servirá para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que se puedan ocasionar al tercero perjudicado si no se obtiene sentencia favorable en el juicio. “El juez de Distrito fijará el monto de la garantía y contragarantía [...]”.

Esta exigencia de la ley, de otorgar una garantía, consideramos, es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues, según ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para satisfacer el derecho de acceso a la

---

<sup>63</sup> Hernández Corchete, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate abierto”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, Mayo-agosto de 2000, p. 82. Separata.

<sup>64</sup> Tettamanti de Ramela, Adriana, *op. cit.* (nota 53), p. 492.

justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva.

También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.<sup>65</sup>

En todo caso, debe evaluarse la situación patrimonial concreta del actor a fin de evitar que esa garantía se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio.<sup>66</sup>

Recordemos también que los tratados sobre derechos humanos, que han sido incorporados al sistema jurídico interno, establecen el derecho al libre acceso a la justicia, y que una interpretación o consideración contraria o restrictiva implicaría vulnerar la Constitución en sí misma, pues dichos instrumentos internacionales son de una jerarquía superior a las leyes.

Pues, como acertadamente afirma Brewer-Carías en el derecho comparado, “La jurisdicción contencioso-administrativa debe verse básicamente como un instrumento judicial destinado a asegurar la protección del administrado frente a la Administración y contra las arbitrariedades de los funcionarios, y no como un instrumento judicial para proteger a la Administración frente a los ciudadanos”.<sup>67</sup>

## VII. REFLEXIÓN FINAL: LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO DE AMPARO

---

<sup>65</sup> CIDH, Caso Cantos, párrafo 55.

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Fallos*, tomo 215, p. 225; tomo 285, p. 302; tomo 312, p. 2490; tomo 322, p. 210; entre muchos otros.

<sup>67</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 49, enero-marzo de 1992, p. 5.

En la actualidad, la suspensión de los efectos del acto administrativo ya no puede ser la única medida cautelar posible que otorguen los jueces de amparo, por lo que ellos deben valorar la adopción de las medidas cautelares que, según las circunstancias, fueran necesarias.

La suspensión del acto administrativo constituye una medida cautelar, por lo tanto deben cumplirse los mismos presupuestos para poderla decretar, es decir, se debe analizar la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de la demora, etcétera, y por tratarse de medidas excepcionales frente a la administración deberá tenerse en cuenta también la prevalencia del interés público y la susceptibilidad del grave daño al administrado.

Con gran acierto, comenta Genaro Góngora Pimentel, “La suspensión del acto reclamado tiene como objeto primordial mantener viva la materia del amparo”.

Pero muchas veces, por mantener viva la materia del amparo, se lesionan derechos de los particulares. Ejemplos, hay muchos.

Por ello, creo que es necesario que se faculte al juzgador para dictar medidas cautelares de carácter positivo, como se establece por ejemplo, en Argentina, España y en la recién aprobada Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

También se debe tomar en cuenta, que la suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos dos presupuestos más importantes son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.<sup>68</sup>

La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida [...], basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar

---

<sup>68</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, Abril de 1996, tesis P./J. 15/96, p. 16.

que en la sentencia [...] se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.<sup>69</sup>

El principio del debido proceso que contempla la Constitución federal en su artículo 17 además de comprender implícitamente la garantía de la suspensión del acto administrativo también se debe interpretar en el sentido de representar una facultad implícita para los jueces (cualquier juez) de dictar cualquier tipo de medida cautelar en cuanto dichas medidas cautelares están encaminadas a asegurar la eficacia del resultado del proceso y a evitar daños irreparables a los particulares en sus derechos, salud, patrimonio, libertad, etcétera.

Pero además, creo que los jueces en el juicio de amparo en materia administrativa si pueden ordenar la adopción de medidas cautelares de carácter positivo, pues el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como obligación para los Estados parte la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>70</sup>

La Corte Interamericana, siguiendo la idea anterior, ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Recordemos que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, Abril de 1996, tesis P./J. 15/96, p. 16.

<sup>70</sup> CIDH. Caso Castillo Petrucci. Perú. Párrafo 207.

<sup>71</sup> CIDH. Caso Las Palmeras. Colombia. Párrafo 32.

La Convención Americana y los distintos tratados sobre derechos humanos que han sido ratificados por nuestro país contienen una importante enumeración de principios, garantías individuales y derechos fundamentales, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales; ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.<sup>72</sup>

A partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al sistema jurídico interno, ésta debe servir de guía para la interpretación tanto de los preceptos legales como de cualquier otra norma jurídica, en la medida en que México ratificó dicha Convención y reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, el artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, [...] implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Gordillo, Agustín, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo", en Cassagne, Juan Carlos (director), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 250.

<sup>73</sup> CIDH. Caso Ivcher Bronstein. Perú. Párrafo 41. Véase también CIDH. Caso del Tribunal Constitucional. Perú. Párrafo 40.

En la Convención Americana se establecen algunos principios que son de vigencia universal y por tanto de aplicación obligatoria y directa en el derecho interno, por lo cual, cualquier juez mexicano no debe olvidar, antes que nada, estudiar los tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención, pues además de que jerárquicamente es una de las normas más importantes del sistema jurídico, estableció dos instancias para la defensa de los derechos humanos en América, que, consideramos, poco a poco irán tomando mayor protagonismo dentro de nuestro sistema jurídico.