
LAS MEDIDAS CAUTELARES
EN LA LEY FEDERAL
DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

JESÚS MORENO MENDOZA

SUMARIO: I. *Criterio para la definición de las providencias cautelares.* II. *Clasificación de las providencias cautelares.* III. *Características de las providencias cautelares.* IV. *Inaudita Altera Parte.* V. *¿Caución o contracautela?*

La carencia en nuestra literatura de trabajos sobre los principios generales de las medidas cautelares, que aborden y agoten la materia, son y han sido el motivo que, fundamentalmente, me han inducido a escribir sobre este tema, el cual no pretende ser un curso de introducción sobre providencias cautelares.

Este trabajo tiene, pues, principalmente el objeto de llamar la atención de los estudiosos, y especialmente de los jóvenes, sobre un renglón del derecho procesal que hasta ahora ha permanecido a la sombra, en confusión, en el equívoco.

Nuestra legislación sólo contempla o quiere contemplar lo que ha denominado medidas provisionales o cautelares, y a las que ha resumido y limitado en el embargo precautorio, arraigo o secuestro; y atreviéndose a afirmar que no existen más, que no existen otras medidas que aquellas que establecen los códigos

procesales. Aún nuestra jurisprudencia confunde las providencias precautorias, los medios preparatorios y las medidas cautelares, lo que prácticamente nos ha llevado a problemas insospechados porque no puede hablarse seriamente del tema por quien no se encuentre sólidamente preparado en el campo de la teoría. En virtud de que nuestra ley no contiene una regulación general de las providencias del juez, y éstas se hayan designadas de manera global debemos entenderlas como: “providencias conservatorias e interinas”; “acción asegurativa o cautelar”; “proceso cautelar”.¹

Este trabajo habrá alcanzado su finalidad plenamente si consigue suscitar en algún lector el deseo de estudiar de nuevo los temas aquí enunciados sumariamente y profundiza en ellos, tomando como base a Chiovenda, a Rocco, a Massari, a Couture, y, no por último, a Calamandrei.²

I. CRITERIO PARA LA DEFINICIÓN DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

Se da el nombre de medidas cautelares a una serie de providencias dictadas antes o durante un proceso, mediante las cuales se trata de impedir la modificación de la situación de hecho existente en el momento de iniciarse las actuaciones. Son provisorias e interinas, su vigencia se prolonga desde el momento que han sido dictadas hasta la ejecución de la sentencia definitiva.

La medida cautelar podrá ser decretada por un juez incompetente, será válida siempre que haya sido dictada de conformidad con el principio de derecho de: *“lite pendente nihil innovetur”*.

Dada la naturaleza y característica del principio que acabamos de reproducir es muy grave y provocará, indudablemente, muchas controversias.

¹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial El Foro, 1996.

² Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, pp. 17, 257 y ss.

Las medidas cautelares. i) Clasificadas también como providencias o medidas precautorias son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia de litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso. ii) Este es uno de los aspectos esenciales del proceso, ya que el plazo inevitable (que en la práctica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales), por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia, hace indispensable la utilización de estas medidas cautelares, no precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario lograr que la misma tenga eficacia práctica.

Desafortunadamente nuestros ordenamientos procesales no toman en cuenta los avances que la doctrina nacional y extranjera ha alcanzado en el estudio de estos instrumentos. Las medidas cautelares pueden tomarse tanto con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo, en tanto se dicta sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa y, por ello, la confusión producida en el derecho procesal mexicano ante medios preparatorios y medidas cautelares en virtud de que los primeros se regulan como tales en los códigos procesales y de comercio, éstos —medios preparatorios— no son sino medidas precautorias anticipadas, ya que sistemáticamente las mismas son tomadas en cuenta por las ramas de enjuiciamiento en las cuales se aplican. Por el contrario, las medidas cautelares participan equívocamente de las primeras.

En nuestra legislación mucho se habla del arraigo del demandado, del secuestro de bienes, y algunos agregan de las medidas asegurativas. Conceptualizar a éstas no es motivo de este trabajo. Ni es motivo del mismo referenciar providencias cautelares que citan nuestros códigos penales, fiscales, administrativos.

Cabe señalar que la medida precautoria de mayor trascendencia en los ordenamientos mexicanos son las que se agrupan dentro del concepto de la suspensión de los actos reclamados a

través del juicio de amparo, medida cautelar que puede ser de oficio o a petición de parte.

Provisionalidad y urgencia. Desde que el Estado sustituyó a los particulares en la administración de justicia, desplazando así la posibilidad de autodefensa, los justiciables se preocupan por la eficacia de la actividad jurisdiccional; se requiere que la respuesta sea rápida. Goethe expresaba que la justicia lenta no es justicia, y la demora en la respuesta judicial desemboca en el descreimiento del ciudadano común.

Existen situaciones en que se requiere inevitablemente una respuesta inmediata, ya sea por las connotaciones de urgencia del caso, irreparabilidad del daño, infungibilidad de los bienes amenazados, etcétera.

La demora en el dictado de la sentencia implica una dosis de injusticia porque el transcurso del tiempo importará un agravamiento del daño y no evitará que el mismo se produzca. Si bien la reparación pecuniaria implica un paliativo, no puede reponer el bien jurídico dañado.

Por eso las soluciones de urgencia se encauzaron por los carriles de las medidas cautelares. Para brindar una satisfacción inmediata que se adelanta a la sentencia de mérito, y más aún la torna innecesaria.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

Resulta conveniente remontarse a los grandes maestros italianos, Chiovenda³ y Calamandrei,⁴ para lograr esclarecer estos aspectos. En primer lugar, Calamandrei⁵ nos refiere sobre la *tutela preventiva*, lo que según este autor puede tener con la tutela cautelar una relación de género a especie y que se contrapone con la tutela represiva.

³ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Cárdenas, 1989.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

LAS MEDIDAS CAUTELARES

Esta tutela preventiva actúa ante un daño inminente, aun podría actuar ante el ya producido para evitar su prolongación en el tiempo y el agravamiento de la lesión ya causada, en contraposición a la tutela represiva que actúa ante un daño ya consumado.

Pero, según Calamandrei,⁶ no todos los casos de tutela preventiva son de carácter cautelar.

Veamos que, generalmente, en los supuestos de tutela preventiva cautelar, el daño jurídico ya ha ocurrido y lo que se quiere evitar es el peligro de que se sume otro daño posterior causado por la prolongación del proceso (ejemplo: que desaparezcan los bienes del deudor).

En la *tutela preventiva definitiva* el daño o el agravamiento del mismo que se pretende evitar es inminente, y el dictado de la providencia preventiva tiende a evitar ese resultado. Pero téngase presente que aquí se trata de conjurar el peligro del daño jurídico genérico, no el que derivaría del transcurso de los tiempos normales del proceso.

El daño jurídico inminente o el agravamiento del mismo crea una situación de urgencia que la justicia debe tratar de evitar pero que no se producirá como consecuencia de la duración del proceso; *la urgencia y la necesidad de respuesta inmediata existen con independencia del proceso mismo*, y la expectativa radica en que éste intente brindar una solución con la celeridad que el caso requiere (interdictos posesorios de daño temido, etcétera).

Por su parte, Chiovenda⁷ analizaba las *declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva*. Estas providencias son para este autor distintas de las medidas cautelares aunque no definitivas. Calamandrei expresa que “en ciertos casos en que la demanda se funda en medios probatorios particularmente atendibles, o en que la simplicidad o escasa trascendencia económica de la relación hacen considerar como improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para oponerse a la demanda, la ley autoriza utilizar procesos ejecutivos donde se limita el derecho

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

de defensa en juicio, lo que resulta justificado por el carácter particularmente atendible de las pruebas o en la naturaleza especial de la relación controvertida”. Ante estas circunstancias se puede llegar a presumir que no variaría el resultado obtenido, en caso de optarse por un proceso ordinario.

Es decir que si, estimando las probabilidades, por la vía de la cognición abreviada se puede obtener el mismo resultado que transitando el largo proceso del juicio ordinario, el principio de economía procesal justifica un proceso de carácter abreviado. Pero para garantizar el derecho de defensa, dado que la especulación puede resultar equivocada, la sentencia a la que arribe no tendrá carácter definitivo sino provisorio (cosa juzgada formal) quedando siempre alternativa de que el demandado en un proceso preparatorio pueda debatir en un juicio de cognición plena sobre lo que antes sólo fue objeto de conocimiento limitado.

La providencia provisoria o preventiva no se produce en espera de la providencia definitiva, como ocurre con las medidas cautelares, son más bien en espera de la falta de ésta.

Similares consideraciones con relación al proceso ejecutivo son sostenidas por Morello y Kaminker.

Por los motivos expuestos las providencias de carácter cautelar son, además de provisorias, instrumentales en cuanto a su situación de sirvientes con relación a la sentencia de mérito y se agotarán al sobrevenir la misma ya que su finalidad es conjurar los peligros que podría entrañar el tiempo de duración del proceso.

La providencia precautoria (urgente, en definitiva) “es provisoria en su formación pero definitiva en su finalidad; la cautelar es provisoria en el fin”.

Por otra parte, en la medida cautelar se produce un anticipo provisorio de los efectos de la sentencia definitiva. Calamandrei la define como la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Mabel de los Santos, siguiendo la línea de pensamiento de Calamandrei, distingue las medidas cautelares de las autosatisfactivas; en las primeras: el peligro en la demora deviene del transcurso del tiempo durante

el proceso, y, en las segundas: en la “insatisfacción actual que afecta el accionante en razón de la especial naturaleza de la relación reclamada”.

En el mismo sentido explican Ricardo Luis Lorenzetti, Roberto Berizonce y Noemí Lidia Nicolau.

También existen posiciones como las de Madariaga que considera que la tutela material no pasa de ser variante de las medidas cautelares. En resumen, podemos distinguir:

- Medidas preventivas cautelares: instrumentales en cuanto intentan evitar daños que pueden derivar del tiempo que dure el proceso y que por lo tanto son instrumentales con relación a la sentencia definitiva.
- Medidas preventivas de carácter definitivo o material o que intentan dar una solución ante situaciones de peligro inminente o posibilidad de su agravamiento. La tutela final se relaciona “no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño”.
- Lo que Chiovenda llama “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva” y que apuntan a las sentencias dictadas con motivo de la tramitación de un proceso preparatorio y que son asimilables a las sentencias que resultan de la tramitación de los llamados “procesos urgentes”, ya sea el precautorio documental como el *preparatorio urgente no documental*, y que puede receptor el dictado de la medida de tutela preventiva definitiva.

Es decir que, descartando de plano las medidas cautelares, dado que el tema que nos ocupa no se encuadra en las mismas, nos quedamos con los otros dos supuestos.

El proceso que se puede utilizar para encauzar la tutela preventiva definitiva da como resultado una providencia de mérito que aunque sólo haga cosa juzgada formal nace con vocación de convertirse en definitiva (cosa juzgada material) y esa sentencia configurará el estuche que contendrá la tutela preventiva definitiva.

El proceso preparatorio se puede encaminar por carriles enfocados hacia la demanda basada en documentación fehaciente, o en que la simplicidad no justifica mayores análisis, o hacia la solución de pretensiones cuya urgencia no admite dilaciones.

Después de todas estas consideraciones y analizando pormenorizadamente los ejemplos que se plantean en la mayoría de los trabajos publicados sobre las llamadas medidas autosatisfactivas, cautela material, tutela inhibitoria o como se las denomine, se nos plantean situaciones diversas.

Por una parte, encontraremos supuestos que encajan perfectamente con los planteamientos teóricos de la tutela inhibitoria: casos de daño inminente y grave que afecta a derechos fundamentales de la persona: vida, honor, calidad de vida, intimidad y aquí se hace evidente la necesidad de la tutela rápida, a través del proceso preparatorio no documental que da lugar a la tutela preventiva definitiva a que hacía referencia Calamandrei.

Son casos en que el peligro de daño jurídico es tal que una reparación pecuniaria posterior no brinda una solución adecuada al derecho dañado, máxime si existió la oportunidad de evitarlo.

Existe otro grupo de supuestos en el que no se da una situación de urgencia, o que la misma no es necesaria para que sea favorablemente despachada. Simplemente se trata de hacer valer el derecho de oposición y ello no requiere de pruebas y trámites complicados.

Se trata de un derecho que debe ser inmediatamente operativo y la sencillez de la situación no justifica un proceso de conocimiento largo y complicado.

Los maestros Calamandrei y Chiovenda ya hablaban de instrumentar procesos de conocimiento preparatorio para este tipo de casos de sencilla resolución, ya que de ningún modo se justificaría obligar al solicitante a transitar por un largo proceso ordinario de cognición, lo que, por otra parte, implicaría un innecesario dispendio de actividad jurisdiccional.

Es por ello que un proceso preparatorio no puede garantizar un análisis adecuado. Por eso creo que en este supuesto se justifica una *cognicio* más amplia que la sugerida por las llamadas medidas autosatisfactivas. De todas formas, siempre quedará el

LAS MEDIDAS CAUTELARES

recurso de una medida cautelar innovativa o de no innovar, que será efectivamente cautelar porque sólo paliará una situación durante el transcurso del proceso, a la espera del dictado de la sentencia definitiva.

Las llamadas medidas autosatisfactivas no son cautelares, y si no necesitan de una sentencia posterior ello se debe a que la misma resolución que despacha la medida es la sentencia de mérito sobre la cuestión planteada. Que esta sentencia sólo haga cosa juzgada formal no le quita su vocación por convertirse en definitiva, lo que resulta similar a lo que ocurre actualmente con el proceso ejecutivo. Dentro de estos procesos urgentes no cautelares encontramos dos vertientes: la tutela de urgencia de carácter definitivo o material, y las providencias de certeza con predominante función ejecutiva que citaban Calamandrei y Chiovenda. Los corolarios son interminables. Eduardo J. Couture,⁸ opina al respecto:

Medidas cautelares negativas. En esta clase de providencias se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente, al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo surge de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen, por ejemplo, prohibición de innovar, ya sea en materia de derecho privado o de derecho público; prohibición del corte de árboles; prohibición de explotar una mina; prevención en las acciones de obra nueva; no alteración en el cumplimiento de los servicios públicos; suspensión preventiva del acto administrativo, etcétera.

Sobre el mismo tema Eduardo J. Couture⁹ establece:

Las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo; no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante. Su

⁸ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1990.

⁹ *Idem*.

extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros o, como se dice siguiendo una frase feliz, “para evitar que la justicia, como los guardianes de la ópera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde”.

Acerca del mismo tópico Calamandrei¹⁰ señala:

De tal manera la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que debe restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; la misma está destinada más que a hacer justicia a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la garantía cautelar es variable, en cuanto, debiéndose el mismo anticipar de un modo provisorio a los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, es necesario que se ajuste, caso por caso, al diverso contenido de ésta; pero éste es precisamente su carácter distintivo; ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía.

No obstante, en la práctica judicial esta mayor facilidad y celeridad con que, en razón de la urgencia, es dable obtener del juez, con base en una información superficial y sumaria, una providencia cautelar contra el adversario indefenso, es a menudo malograda por fines que van mucho más allá de las previsiones de la ley. La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*lite pendente nihil innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar para mantener durante el curso de la litis *la igualdad de las partes* y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, poner

¹⁰ *Idem*.

LAS MEDIDAS CAUTELARES

a una de las partes en condiciones tales de inferioridad, que se la constriña, antes de decidirse la litis a pedir merced por asfixia, y por desgracia en toda eventualidad de la vida, la parte rica se encuentra siempre en ventaja sobre la parte pobre.

En materia de medidas cautelares, respecto de las cuales, si es la misma ley la que permite en ciertos casos concederlas *inaudita altera parte* y con base en informaciones sumarias, parece lícito y natural.

—Sé cauto en conceder medidas cautelares. Tal debería ser una de las primeras máximas del buen juez. Sabido es, por lo demás, que la misma ley, previendo los abusos a que puede dar lugar la demasiado fácil concesión de los embargos, predispone, como correctivo de las cautelas, ciertas contractuales que, empleadas en el momento oportuno, pueden moderar la coacción psicológica, ejercida por una medida cautelar demasiado violenta, mediante un contrachoque psicológico que sirve para restablecer el *equilibrio entre las partes*.¹¹

Esto demuestra cómo, para entender de qué modo juegan en el proceso los delicados mecanismos del sistema cautelar, no basta leer lo que está escrito en los artículos del código, sino que hay que conocer también todas las estrategias psicológicas que en la práctica se sirve de estas fórmulas para conseguir, maniobrando, finalidades sumamente distintas de las señaladas en las construcciones dogmáticas de los tratadistas.

Giuseppe Chiovenda, al hablar de la acción de la ley a favor del actor, sobre medidas provisionales cautelares comenta:

Se puede acelerar la ejecución, en los límites legales, o con otras resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas.

Tales medidas especiales, determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación, porque se dictan con anterioridad a la declaración de la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su

¹¹ Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1997.

actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretenda. “Las medidas provisionales cautelares (o de conservación) mencionadas se distinguen por su naturaleza y condición de aquellas, también provisionales, que le es permitido al juez vista la especie a la certidumbre del derecho o naturaleza especial.

El derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.

Por tal razón la medida cautelar siempre tiene la finalidad de asegurar la efectividad de la declaración, que ponga fin al proceso principal, provocando y haciendo nacer las situaciones de hecho, que hagan esto posible. En tal sentido así se han pronunciado los autores antes citados.

Chiovenda establece condiciones para que se otorgue la medida preventiva y establece entre otras: “Es el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”.

En cuanto a la posibilidad del daño el juez debe examinar si las circunstancias de hecho dan serio motivo para tener el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, sea cual sea la mejor manera de proveer. Por lo demás, esta condición genérica se determina mejor frente a las distintas medidas preventivas.

Respecto de la posibilidad del derecho, la urgencia no permite sino un examen completamente superficial (*sumaria cognitio*); pero también respecto a esta condición, son distintos los casos particulares, a veces, la resolución es tomada precisamente porque un derecho se discute entre dos y no es, por lo tanto, necesario decidir a quién corresponde (como en el embargo judicial pendiente un litigio); otras veces, la pertenencia del derecho ha sido ya declarada a fondo y prevalece el examen del primer extremo.

Medidas provisionales o de conservación. En nuestra ley falta, aparte de los casos especiales regulados, una disciplina general

LAS MEDIDAS CAUTELARES

sobre las medidas de cautela provisionales, como en otras leyes (Reglamento alemán). Sin embargo, también nuestra ley trata de manera general de resoluciones de conservación para la seguridad de los interesados, etcétera. Existe, pues, también en nuestra ley la figura de resolución provisional de cautela; y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza. La finalidad es siempre evitar que la actuación de una posible voluntad de ley quede impedida o se haga difícil a su tiempo por un hecho acaecido con anterioridad a su declaración, es decir, por el cambio en el estado de cosas actuales; o bien, de proveer aun durante un proceso, en caso de una posible voluntad de ley cuya actuación no admita retraso.

De esta manera, durante un litigio para el suministro de alimentos, el juez puede ordenar provisionalmente al demandado prestar los alimentos exigidos por el actor, porque si se espera a la declaración definitiva de si el demandado debe o no los alimentos y en qué medida, el actor, en el intervalo, podría morir de necesidad. Así pues, el magistrado ordena provisionalmente que uno de los cónyuges asista a la prole, dejando a salvo el establecer después definitivamente quién de los dos deba hacerlo.

Son muy sencillas las condiciones para la concesión de estas medidas de conservación.

El demandado no está obligado a conocer la medida cautelar, está sujeto a ella, aun sin el concurso de su voluntad.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

Para comprender la diferencia en la clasificación antes realizada es preciso entender, elevarse, a lo que constituye el interés específico que justifica el decretar la medida cautelar: este interés surge siempre de la *existencia de un peligro de daño jurídico, derivado de una providencia jurisdiccional definitiva (periculum in mora)*.¹²

¹² Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana.

Chiovenda, *Principii*, p. 226, e *Ist.*, I, p. 251: "... la acción asegurativa es, pues, por sí misma una acción provisoria".

El *periculum in mora* es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, en estos casos la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir un carácter preventivo.¹³

Es preciso no confundir entre tutela preventiva y tutela cautelar, conceptos distintos, aunque entre ellos existe relación de género a especie. Nuestro sistema procesal admite invocar la tutela jurisdiccional antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, basta que el hecho o la lesión se anuncie como próxima o posible; en estos casos la tutela jurisdiccional funciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño o la lesión de un derecho, que amenaza pero todavía no se realiza. En este caso el derecho obra y surge no del daño, sino del peligro de un daño. En estos casos de tutela preventiva no estamos en el campo de la tutela cautelar.

La noción clara del *periculum in mora* no opera, no nace, de un estado de peligro; ni que tenga por objeto prevenir un daño temido, sino que es preciso que además del peligro la providencia tenga el carácter de urgente. En conclusión, el *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares de evitar o impedir el peligro de un ulterior daño marginal que podría derivar del retardo o lentitud de un procedimiento ordinario. Es la posibilidad de acelerar la emanación de la providencia definitiva; en efecto "que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva, encaminados a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma".

Ya que estamos dentro del tema de la terminología es oportuno poner de relieve que impropiaemente utilizan la expresión de providencias precautorias, providencias conservativas, como equivalente a providencias cautelares. La clasificación de cautelares es inequívoca y es la única apropiada para indicar que ésta sólo es común a las demás cuando tienden a constituir una providencia o aseguración preventiva, contra un peligro que ame-

¹³ *Idem.*

naza. Pero no todas las providencias precautorias son providencias cautelares porque sólo estas últimas son conservativas, evitan la modificación del estado existente, a conservar aquel estado de hecho, de espera, para eliminar el daño que podría llegar a constituir tales efectos; la medida cautelar tiende no sólo a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos, que diferidos podrían resultar ineficaces o inaplicables.¹⁴

Hemos visto, desde el inicio de este estudio, que la medida cautelar, en contraposición a otras providencias o medidas, es susceptible de ejecución forzosa, que tiene, además, características especiales sobre las cuales conviene profundizar el juzgador para dictar la medida cautelar, debe tener la certeza de la existencia del temor de un daño jurídico; de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivado de la no satisfacción de un derecho. Luego entonces las condiciones de la medida cautelar deben ser dos: primera, la existencia de un derecho; segunda, el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho.

Estos puntos deben ser del conocimiento previo del juzgador, ya que las medidas cautelares tienen su razón de ser en la celeridad con la que se dicten para evitar el peligro o la urgencia, adelantando una resolución posterior o definitiva; si para conceder la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, sobre el objeto en relación con el cual se espera la resolución definitiva sería inane el agotar un proceso judicial que no tendría ni siquiera la ventaja de la prontitud.

Declarar la certeza de la existencia del derecho es la función primordial de la medida cautelar; basta que la existencia del derecho aparezca o sea verosímil, para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades se pueda prever para que el juzgador declare el derecho en sentido favorable a

¹⁴ Calamandrei, Introducción, pp. 70 y ss. *Idem*.

aquel que solicita la medida cautelar.¹⁵ El resultado del conocimiento sumario de la existencia del derecho tiene en todos los casos valor de hipótesis, ya que el carácter hipotético de la medida cautelar está íntimamente identificado con la naturaleza del mismo y es un aspecto necesario de su instrumentación.

En efecto, en el momento en que la existencia del derecho no sea ya una hipótesis, sino una certeza jurídica, la providencia cautelar habrá agotado su cometido; porque cuando la declaración sobrevinida de un proceso, la medida cautelar ha dejado de surtir efectos, los que se habían producido en espera de la providencia cautelar. La declaración de certeza está en absoluta oposición a la finalidad del proceso de la medida cautelar. La providencia cautelar es, por su naturaleza, hipotética, y cuando la hipótesis se resuelve en certeza, es señal que la medida cautelar ha agotado definitivamente su función.

La vida de la medida cautelar está en todos los casos fatalmente ligada a la resolución de fondo; si ésta resuelve que el derecho no existe la medida cautelar desaparece por ilusoria; si declara que el derecho existe la medida cautelar deja el paso libre a aquellos efectos definitivos, los cuales ha hecho hasta ahora anticipadamente.

El otro requisito de la pretensión cautelar es el peligro de la demora (*periculum in mora*), esto es, que en razón del transcurso del tiempo los efectos de la decisión final resulten prácticamente inoperantes, se basa en el temor fundado de la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y, que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer en una resolución favorable, ésta permanezca incumplida.

Vistos los anteriores criterios, siguiendo la opinión de Manuel de la Peña y Peña:¹⁶

¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

¹⁶ De la Peña y Peña, Manuel, *Lecciones de práctica forense mexicana*, México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda, Calle de las Escalerillas núm. 2, 1836, Tribunal Superior de Justicia, edición facsimilar, t. II, pp. 17 y 18.

LAS MEDIDAS CAUTELARES

Si el actor precisamente ha de demandar en juicio lo que se le debe y en la manera, lugar y tiempo en que se le debe, sin que pueda excederse por ningún capítulo en la cosa que demanda, tampoco puede pretender que se haga novedad alguna en la misma cosa demandada hasta que sea terminado el pleito por la sentencia definitiva, porque es un principio elemental de la práctica forense que pendiente al pleito nada debe innovarse (*ca non le deve toller* su derecho, ante que sea vencido por juicio). Este principio forma en el Código Canónico de las Decretales una oración completa y constituye un título verdadero (*lite pendente, nihil innovetur*, mientras el caso esté pendiente, que no se produzca ninguna innovación); y tiene lugar tanto en la propiedad como en la posesión como en el uso y en cualquier otro derecho. De ahí es, que la cosa que se ha hecho litigiosa virtud de una demanda, debe conservarse en el mismo estado, sin diferencia alguna, que el que tenía antes de la misma demanda.

IV. INAUDITA ALTERA PARTE

El Código Federal de Procedimientos Civiles establece en el artículo 384 que las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. Ante tal pronunciamiento se sostiene la tesis que la medida cautelar tiene en mira que el objeto de un proceso principal quede pendiente hasta en tanto no se resuelva la situación de fondo. Hemos agotado la provisionalidad de la medida hasta que sea resuelto el fondo de la controversia, el doctor Héctor Fix-Zamudio sostiene que son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio para conservar la materia de litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes, o a la sociedad con motivo de la tramitación de un derecho. De ahí que nazca la idea de que las medidas se decreten *inaudita parte* para mantener la situación de hecho existente, y evitar las alteraciones en el equilibrio inicial de los contendientes; dentro de lo posible, sobre el hecho y con el hecho de impedir alteraciones, cambios y modificaciones, que puedan surgir o seguirse de la duración

o durante el proceso, la medida cautelar trata de evitar perjuicios y no decide en favor de quien pretenda obtener un lucro; por el contrario, mantiene el derecho entre iguales o de la misma especie y pretende decidir observando la mayor igualdad posible entre los interesados (artículo 20, Código Civil).

De no cumplirse el principio de *inaudita parte* es evidente que podría modificarse la situación jurídica que pretende protegerse en el momento de iniciar el proceso. De no decretarse la medida cautelar *inaudita parte* se perdería el principio que se pretende proteger del *periculum in mora*.

El pretor, según estime que hay motivo de especial urgencia, da inmediatamente, por decreto, *inaudita altera parte*, todas las providencias que juzgue necesarias. Pero, una vez dictada la providencia de urgencia *inaudita altera parte*, esto es sin ordenar la citación de las partes interesadas.¹⁷

No dispone otra cosa que la obligación, por parte del juez, de fijar un plazo perentorio dentro del cual el solicitante está obligado a iniciar el juicio de mérito, al dictar las providencias, fijar la audiencia de comparecencia de las partes ante sí, estableciendo el plazo perentorio para notificar a la otra parte la petición y el decreto, instaurando así el contradictorio aplazado.¹⁸

V. ¿CAUCIÓN O CONTRACAUTELA?

¿Para que pueda concederse las medidas cautelares, es siempre necesario que el evento o el hecho generador garantice el posible o probable daño?, ya sea por un hecho o un evento específico y determinado pero objetivamente especificable, y ¿que esté debidamente considerado en las disposiciones particulares de la ley? En mi opinión es innecesario garantizar. Sólo que se pudiera afectar a terceros extraños al procedimiento.

¹⁷ Roco, Hugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Themis de Palma, 1977.

¹⁸ *Idem*.

La determinación o especificación preventiva del evento o del hecho del cual puede seguirse el daño (daño peligroso) no se encuentra en la hipótesis general del mencionado artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Civiles. No cualquier hecho o evento que suscite la medida cautelar puede producir daños o menoscabo en el interés del demandante de la medida o en perjuicio de quien se pide, por lo que el derecho objetivo, apoyado por el sustantivo, en la vía de acción puede dar lugar a que la solicitud de la medida cautelar y a la autorización de dicha medida atípica y no determinada —previamente en su contenido y estructura por la legislación civil mexicana— no deberá imponerse la obligación de garantizar el otorgamiento de la medida cautelar.

No es congruente que al concederse la medida cautelar dado el *periculum in mora, fomes boni iuris*, que *Sui provvedimenti cautelari di urgenza*, en *studi in onore di riventi*, deba exigirse garantía para impedir el perjuicio inminente, *fomes*, que amenaza al derecho sustantivo amparados por el derecho.

Tal como sucede en los casos de eximición de prueba por mediar presunción legal, juegan ciertas relaciones de los presupuestos entre sí; mientras mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menor rigor debe observarse en la fijación de la correspondiente contracautela.¹⁹

En todo caso será el juzgador quien en la sentencia resuelva que, ante la falta de causa de mérito o infundada, icondene al pago de costas!

Las medidas cautelares contempladas en el artículo 24 de la LFPCA no reúnen ninguno de los requisitos de las medidas cautelares. Confunden a éstas con providencias precautorias. Estas medidas se equiparan más al incidente de suspensión en materia de amparo, o a un interdicto, incidentes, recursos, inconformidades, etcétera, de los regulados en los códigos procesales. Estas ¿medidas? imponen la obligación de garantizar su otorga-

¹⁹ Lizzardí, Eduardo N. de, *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, t. 1, 1995.

miento ante la autoridad, o ante terceros, deberán ser fundadas y motivadas, por lo que pierden el espíritu de éstas. No son dictados: *periculum in mora*; *fomus boni iuris*; *inaudita altera parte*; *lite pendente, nihil innovetur*, etcétera.

No hay necesidad de fatigar al lector explicando poco más o poco menos las medidas cautelares y las recomendaciones que sobre las mismas hemos vertido. La medida cautelar es, en conclusión, la que se encuentra investida de los principios antes mencionados. Las demás serán muy estimables, muy respetables, muy considerables pero providencias precautorias, nada más.