

*Las medidas
cautelares en el
Código Nacional
de Procedimientos
Civiles y
Familiares*



 Lic. José María Zúñiga Barajas
Profesor adjunto de la cátedra Derecho Procesal Civil y
Mercantil en la Escuela Libre de Derecho

Para que la sentencia sea injusta no hace falta que se equivoque, basta que no juzgue cuando debe juzgar.

1. JUSTICIA CAUTELAR

La función tribunalicia padece de una fama —casi— absoluta. Los trámites son tardados; consecuentemente, los gobernados han recurrido, desde hace siglos, al reconocimiento y aplicación de lo que denominados “medidas cautelares”.

La cuestión no es extraordinaria; por el contrario, muchas veces representa el objeto y motivo para acudir ante las instancias judiciales. Las decisiones judiciales que resuelven conflictos son eficaces en la medida que sean oportunas. Así, para que las sentencias sean justas, es indispensable su dictado en los momentos oportunos.

Tampoco nos encontramos ante medios ni objetivos nuevos. En la Ley de las XII Tablas podemos encontrar la primera expresión de tutela cautelar bajo el fin de preparar la ejecución de sentencia, consistiendo en la sujeción del deudor al acreedor como garantía de la deuda. Es decir, el *addictus y nexus*; donde la persona en garantía del crédito, o la segunda, como medio de garantía o ampliación de la obligación.¹

Después regularon las *legis actiones*, incorporaron la *legis actio per sacramentum*, la *operis novi nunciatio* o la *cautio damni infecti*. Así, la *operis novi nunciatio* fue empleada para evitar que

¹ Para un mayor estudio, véase: ARANGIO RUIZ, Vicente, *Historia del derecho romano*, traducción de Francisco del Pelsmaecker e Ivañez, Madrid, 5.ª ed., 1994.

el vecino construyera una obra nueva, o bien la suspendiera². Por su parte, la *cautio damni infecti* representaba la prohibición o suspensión total. Estos instrumentos procesales eran dictados por el *Pretor*; incluso la *cautio damni infecti* imponía la *stipulatio*, garantizando la prestación de la *cautio*, lo que representaba el “requisito” para la obtención de la medida.³

El derecho italiano representó —al menos, para el sistema de derecho civil— los nuevos precursores. Mattiolo, estudioso del primer Código de la Nación italiana de 1865, basó sus apuntes en la regulación de los secuestros, y procedimientos de denuncias de obra nueva que eran incidentes procesales de carácter provisional, que sirvieron de base para identificar el propósito cautelar, ya fuere conservativo y/o preventivo, distinto de la función ejecutiva. Mortara, por su parte, estudiaba al embargo como un arresto personal y medio de ejecución forzosa.⁴

Autores clásicos procesales como Micheli, Carnelutti, Chiovenda y Calamandrei sientan las bases para la concepción científica de la justicia o teoría cautelar.⁵ Idea que fue fundada bajo la garantía o cobijo del proceso principal, siempre como accesorio.⁶

Alsina, Podetti, de este lado del mundo, se ocupaban de sistematizar y castellanizar la teoría. Maestros actuales como

² Nótese que el interdicto de obra nueva y de obra peligrosa existe hasta nuestros días. ¿Estamos ante una nueva tutela?

³ Se insiste, para un análisis más detallado, de la influencia del proceso civil en el ordenamiento mexicano, véase: BIALOSTOSKY, Sara, *La influencia del proceso civil romano en el mexicano*, México, UNAM, 2007.

⁴ Véase: MATIOLLO, Luigui, *Tratado derecho judicial civil*, Tomo III, México, TSJ, 2006 y ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo V, Buenos Aires, EDIAR, 1962.

⁵ Para un estudio completo de la sistemática italiana clásica, véase: TARZIA, Giuseppe, *Il proceso cautelare*, Padua, 2004.

⁶ El estudio sistemático encuentra su cenit con la obra intitulada *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* de Piero Calamandrei, publicada en Firenze, octubre de 1935.

Taruffo, Cipriani, Alvarado, Calvino, entre otros, continúan advirtiendo su utilidad y necesidad. Inclusive, al grado de concebirlas como parte de la crisis actual de la ley adjetiva y la sistemática de tutela procesal.

La primera regulación procesal mexicana en prever las medidas fue el Reglamento de 23 de mayo de 1837 para el arreglo provisional de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común. La técnica legislativa la identificó como una excepción a la regla que estableció en los cardinales 89 y 90.⁷ Con estas normas era posible la admisión de la demanda (ya fuere civil o penal), sin que se hubiere intentado previamente el trámite de la conciliación; además, reconocía que, en *casos urgentes*, no era necesario satisfacer el procedimiento previo. De esa manera, el mismo cardinal 90 dispensaba la constancia de conciliación únicamente para tramitar los interdictos sumarios y sumarísimos de posesión, el de denuncia de nueva obra, la facción de inventarios y la partición de herencia, *no para otros casos urgentes de igual naturaleza*.

Nótese que las excepciones recaen sobre las situaciones en las que cualquier tardanza podía generar daño o agravamiento de éste, privilegiando, de esa manera, el trámite inmediato.

En adición, bajo el mismo sentido de las Cortes de Cádiz de 1812, optó por regular en el capítulo V, *De los alcaldes y los jueces de paz*, en los numerales 102 y 119, la competencia de los alcaldes y jueces para dictar, en los asuntos contenciosos, las providencias urgentísimas que no dieran lugar a ocurrir al juez de primera instancia para instruir las primeras diligencias de las causas criminales, y practicar las que le encargaren los

⁷ Contexto histórico consultable en la obra *La administración de justicia en México en el siglo XIX* de Víctor Fairén Guillén, publicada en 1993. Consultable en https://www.poderjudicialcd-mx.gob.mx/anales/obras_linea/ y Curia filípica mexicana, UNAM, México, 1978, edición facsimilar de 1850.

tribunales y juzgados. Complementado, les dotaba competencia para efectuar diligencias sobre retención de bienes bajo el temor de sustracción, sobre la interdicción de obra nueva, o sobre otras situaciones de igual urgencia, facultándolos y ordenándoles inmediatamente el dictado de pronunciamientos para evitar el perjuicio de dilación.⁸

Es pertinente resaltar que su esencia —desde tales épocas— es paralela, sujeta y accesoria a la litis principal. Encima, su dictado sin la necesidad de vista o garantía de audiencia hacia el destinatario de la medida siempre buscaba proteger la cuestión de urgencia del caso concreto.

La teoría cautelar ha sido acogida por las constituciones más modernas, en estos cuerpos normativos de los que podemos identificar frases como “tutela judicial efectiva”, “vía expedita de acceso a la justicia”, “protección judicial en tiempo razonable”,⁹ etcétera. Estas formas legales han sido discutidas por los más altos tribunales del mundo, quienes han optado por aplicar el sentido moderno de la función judicial: la función de tutela cautelar y sumaria respecto a la ordinaria.¹⁰

Los tribunales mexicanos —a la vanguardia de los europeos y americanos— también han reconocido que las medidas cautelares representan instrumentos esenciales cuyo objetivo es salvaguardar el derecho fundamental de acceso a la justicia, a fin de que sea pleno y efectivo. Es común encontrar diversos criterios jurisprudenciales que reconocen la constitucionalidad y finalidad de las medidas, al grado de

⁸ Juan Carlos Marín González analiza la evolución de las fuentes normativas mexicanas en materia de medidas cautelares. Recomiendo ampliamente la lectura del capítulo segundo de su obra *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Editorial Porrúa, México, 2004. También es sumamente ilustrativa la obra de Humberto Briseño Sierra, autor que destina el capítulo sexto a la transformación de las medidas cautelares en México. La obra intitulada es *El juicio ordinario civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana*, Volumen 1, Trillas, México, 1980.

⁹ V. gr. la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

¹⁰ Cfr. TARUFFO, Michele, “Racionalidad y crisis de la ley procesal, en *Doxa*, N° 22, 199p, p. 320, trad. Mercedes Fernández López; Alicante.

sostener la legitimidad de su dictado sin mediar un procedimiento contradictorio que, en su caso, constate o no su procedencia. El dictamen está basado —desde tiempos inmemoriales— en el examen preliminar que realice el juzgador.

De esa manera, las medidas tienen una función de aseguramiento del resultado final del procedimiento, así como de conservación del juicio.

1.1. *¿Concepto correcto?*

Toda construcción basada en las medidas toma como base indudable un hecho: la existencia del proceso.

La tramitación del proceso conlleva siempre un factor o elemento denominado “tiempo”. Los ordenamientos procesales, de manera general, tienen la consigna de garantizar, por un lado, el derecho al debido proceso sin dilaciones indebidas, también entendido como la necesidad de no alargar el proceso más allá del tiempo razonable y adecuado, en cumplimiento de sus características básicas y de los derechos que en él se ejercitan; en complemento, prever y dotar de elementos procesales para tutelar los derechos sustantivos en pugna dentro del proceso.

Ante nuestra realidad, la respuesta podría ser las resoluciones instantáneas. Sin embargo, dotar de absolutas a las alegaciones preliminares de las partes no debe ni puede sustituir la garantía de éste: la duración del proceso en todas sus etapas. Paradójicamente, la duración y satisfacción del proceso representa seguridad jurídica; por ello, las medidas cautelares son el punto de confluencia de las dos exigencias fundamentales del proceso: celeridad y ponderación prudente de la justicia.¹¹ La eficacia de la sentencia solo puede ser con-

¹¹ Véase, de manera general: Calamandrei, *op cit.*

cebida si la realidad que impera a su dictado es la misma que existe desde el inicio del proceso.¹²

La cuestión es de lo más elemental: el ordenamiento jurídico protege cualquier peligro de frustración del resultado del juicio. Contrario a lo que podría pensarse, la zozobra afecta a todas las partes intervinientes en el juicio, motivo por el que tutela el sentido de la resolución del litigio. Recordemos que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para quien teniéndola acuda a tribunales.¹³

En suma, están diseñadas para evitar los riesgos inherentes a la duración de la acción y de los procesos judiciales, teniendo por finalidad las medidas adecuadas para la defensa y la preservación de la materia de los derechos en litigio.¹⁴

Insisto, la cuestión no implica una decisión pro-actor. La función compromete al sistema para evitar el abuso —fraudulento, o de buena fe— de las medidas cautelares con relación a la duración proceso para restar efectividad a la sentencia. Como fue dicho, la satisfacción de los derechos sustantivos se logra con el dictado de una sentencia rápida, eficaz, eficiente y ejecutable.¹⁵

En otras palabras, los conflictos existentes en la sociedad actual exigen respuestas cada vez más rápidas; inclusive, provisionales. Los tiempos judiciales cuya constante recaía preponderantemente en las controversias sobre pro-

¹² Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil”, con Ramos Méndez, Barcelona, 1974, p. 5.

¹³ Véase: Sentencia Factortame, de 19 de junio de 1990, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹⁴ “C’est pour prévenir ce grave inconvénient des risques inhérentes à la durée de l’action et dus proces judiciare et pour conjurer ce danger potentiel ou éminent de lésion que les législateurs ont cherché depuis longtemps á adopter.. des mesures adéquades á la defensa et á la conservation de l’objet des droits en litige; Pessoa Vaz, Les mesures provisoires et les procedures preventives dans l’évolution du droit de procédure portugais”, en *Les mesures provisoires en procedures civile*; citado por Ángeles Jové, María en *Medidas cautelares inominadas*,

¹⁵ Justicia retardada es justicia denegada.

riedad privada, inmuebles o cuestiones sucesorias, han quedado atrás.

Adviértase que la indefensión tiene lugar por la falta de herramientas que dificultan los reclamos judiciales y su materialidad. En cambio, las normas que facultan la satisfacción absoluta de las pretensiones no representan la solución, ya que las soluciones urgentes no cautelares, han demostrado ser manifestaciones del autoritarismo judicial que tienen su razón y justificación en la existencia de herramientas novedosas que suplirían la ineficiencia del sistema de justicia, hasta ser concebidas como autónomas y no instrumentales¹⁶. ¿Es peor el remedio que la enfermedad?¹⁷

El alargamiento de la duración de los procesos judiciales también supone la prolongación de la duración de la eficacia de la medida cautelar. Las legislaciones cambian, incluso generan dudas respecto su estricta subordinación a la resolución del fondo al regular procesos cautelares en los que se escribe, discute, y prueba tanto o más que en los juicios ordinarios.¹⁸ ¿Tiene sentido que la parte solicitante de la medida cautelar tenga la carga de obtener una resolución definitiva sobre el fondo?

¹⁶ Las medidas autosatisfactivas llevan más de 2 décadas en el foro continental. La experiencia argentina genera ideas y posturas que no se han presentado en nuestro país; al menos, no de manera expresa en la materia civil o mercantil. Por escapar el objeto del presente, véase: PEYRANO, Jorge Walter, “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”. En *Medidas autosatisfactivas*. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Airesm Rubinzal-Culzoni, 1999. Y PEYRANO, Jorge Walter *et al.*, *Medidas cautelares y anticautelares*, coord.. de Silvia L. Esperanza; dirigido por Jorge Walter Peyrano, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022.

¹⁷ Cuestionamiento formulado por Adolfo Alvarado Velloso; Véase: ALVARADO VELLOSO, Adolfo A., *Cautela procesal: críticas a las medidas precautorias*, dirigido por Adolfo A. Alvarado Velloso, Rosario, Juris, 2008 (Temas procesales conflictivos, dirigida por Adolfo Alvarado Velloso).

¹⁸ Véase: CIPRIANI, Franco, “Il Procedimento Cautelare Tra efficienza e garanzia”, en *Confirmación Procesal III*, coordinación general de Olga Edda Ciancia; dirigido por Adolfo Alvarado Velloso, Buenos Aires, Ediar, 2017.

De manera global, en nuestra sociedad existe una labor judicial que tiene por fin el derecho de acceso a la justicia.¹⁹ Mandato que se materializa con: *a)* el libre ejercicio del derecho de acción y defensa; *b)* la solución del conflicto en un plazo razonable sin dilaciones indebidas, *c)* la aplicación del derecho a la relación jurídica; y *d)* medidas cautelares y de ejecución que permitan la tutela efectiva de los derechos de toda especie.²⁰

No existe uniformidad en cuanto a la denominación o naturaleza del proceso cautelar o las acciones o medidas cautelares, refiriéndolas por algunos autores como providencias cautelares, medidas precautorias, medidas de seguridad, medidas urgentes, medidas provisionales, medidas de cautela,²¹ providencias conservatorias, providencias interinas,²² entre otros adjetivos.

Sin importar su calificativo, las medidas cautelares se identifican como las resoluciones dictadas por los jueces cuyo objeto es impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio, con el objeto de asegurar la eficacia de la decisión a dictarse en él.²³

Las resoluciones preventivas o cautelares cuyo fin es asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, el mantenimiento o, en algunos casos, la alteración de los estados de hecho y de derecho vigentes, de modo que el pronunciamien-

¹⁹ Véase la tesis jurisprudencial: DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. CONTENIDO, ETAPAS Y ALCANCE DE SU VERTIENTE DE EJECUCIÓN MATERIAL DE LAS SENTENCIAS. Registro digital: 2026051; Instancia: Primera Sala; Undécima Época; Materias(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 28/2023 (11a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Marzo de 2023, Tomo II, página 1855; Tipo: Jurisprudencia

²⁰ Jové, María Ángeles, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, Jose María Bosch Editor, 1995.

²¹ Cfr. PODETTI, Jose Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, T.IV, p. 12.

²² Cfr. CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 31.

²³ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Angel Landoni Sosa, Martin Bianchi Altuna, Montevideo, 2004.

to de la sentencia definitiva —que habrá de sobrevenir con una declaración de certeza en cuanto a la existencia o inexistencia del derecho reclamado—, resulte de cumplimiento posible o llegue cuando todavía revista algún interés para el justiciable,²⁴ son acuerdos y no sentencias, los cuales tienen como finalidad la mantención de las cosas en el estado que se encontraban, y de ese modo evitar la ejecución de medidas procesales que pudieran dictarse en el proceso.²⁵

Esta figura obedece a una resolución de naturaleza especial y privilegiada cuyo objeto es asegurar un derecho subjetivo, de modo que su dictado es consecuencia del acreditamiento de diversos elementos. De ese modo, por un lado, evitan que resulte inútil la sentencia de fondo de un juicio con motivo del plazo inevitable por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva y, por otro, se logra que la sentencia de fondo tenga eficacia práctica.

Nuestros tribunales individualizan las medidas cautelares como mecanismos autorizados por la ley para garantizar todo derecho con probabilidad de insatisfacción, mediante la salvaguarda de una situación de hecho, el apartamiento de bienes, cosas o personas para garantizar la eventual realización de la sentencia, o la anticipación de ciertos efectos provisionales de la sentencia de mérito, a fin de evitar la afectación que podría causar la dilación en la resolución de la cuestión sustancial controvertida o la inutilidad del proceso mismo.²⁶

Con un afán de uniformidad doctrinal, el concepto “medida cautelar” es adecuado para el análisis de la figura objeto del estudio. “Medida” es sinónimo de decisión; mientras que

²⁴ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge, *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

²⁵ COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 606.

²⁶ Cfr. MEDIDAS CAUTELARES. CONCEPTO, PRESUPUESTOS, MODALIDADES, EXTENSIÓN, COMPLEJIDAD Y AGILIDAD PROCESAL.; Registro digital: 2012425; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Décima Época; Materias(s): Común; Tesis: I.4o.C.4 K (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto de 2016, Tomo IV, página 2653; Tipo: Aislada

lo “cautelar” es afín al sentido de tales medidas: la aseguración de una situación de hecho o la cautela contra el peligro o daño intraprocesal.

2. REFORMAS AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

El 7 de junio de 2023 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El cuerpo normativo consta de 1191 artículos divididos en diez libros, además de contar con régimen transitorio compuesto por veinte artículos; disposiciones que principalmente regulan la *vacatio legis* de cuatro años para su entrada en vigor en todas las jurisdicciones del país.

Este ordenamiento busca priorizar la oralidad y un “efectivo acceso a la justicia pronta, completa, imparcial y expedita, para garantizar a los operadores jurídicos el ejercicio de sus funciones, habilidades y destrezas, acorde con los derechos humanos, postulados y principios contenidos en la Constitución”. En resumen: pretende unificar criterios y bases normativas, a fin de materializar el ideal histórico de justicia y equidad en la solución de conflictos.²⁷

Entrando en materia de la legislación nacional civil y familiar del sistema jurídico mexicano, en un afán conciliador o repetitivo, se impone un trámite novedoso: 1) la obligación de celebración de audiencias que resulten necesarias para resolver sobre las medidas cautelares; y 2) la tramitación en dos fases —provisional y definitiva—, para su concesión. Respectivamente, el ordenamiento dispone:

²⁷ Directrices identificadas del comunicado número 1178 emitido por la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la república. Véase: <https://comunicacionsocial.senado.gob.mx/informacion/comunicados/5620-aprueban-en-el-senado-por-unanimidad-nuevo-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares>

Artículo 363. La autoridad judicial podrá señalar y desahogar tantas audiencias cuantas considere necesarias para decidir los debates que establezcan las partes, sean principales, incidentales o sobre medidas cautelares.

Artículo 405. Las providencias precautorias establecidas por este Código Nacional podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo. En el primer caso, se tramitará en expediente que se forme por cuerda separada, previo a iniciar el juicio principal conforme al procedimiento de dos fases que prevé el artículo 409 del presente Código Nacional; en el caso de que la petición sea la radicación de persona, quien promueva deberá garantizar el pago de los daños y perjuicios que se generen si no se presenta la demanda. El monto de la garantía deberá ser determinado por la autoridad jurisdiccional prudentemente, con base en la información que se le proporcione y cuidando que la misma sea asequible para el promovente; si la autoridad jurisdiccional que decretó las providencias no fuere la que conozca del procedimiento, desde luego remitirá las mismas a la que le haya sido encomendado el mismo, quien podrá, en su caso, confirmar o revocar la decisión dictada. En el segundo caso, se tramitará en vía incidental directamente ante la autoridad jurisdiccional que conoce del procedimiento conforme al procedimiento de dos fases del mismo artículo 409 del presente Código Nacional. Si se pide la radicación de persona, bastará la petición de la promovente y el otorgamiento de la garantía a que se refiere este artículo para que se decrete y se haga a la persona demandada la correspondiente notificación.

Artículo 409. El procedimiento para decretar una providencia precautoria constará de dos fases, una provisional y una definitiva. En la fase provisional no se requerirá de citación de la parte afectada y tendrá por objeto proteger

el peligro en la demora que afirme y demuestre el peticionario. En caso de ser otorgada, la providencia precautoria provisional surtirá sus efectos hasta que se resuelva sobre el otorgamiento de la providencia precautoria definitiva. Para el otorgamiento de la providencia precautoria definitiva el peticionario deberá demostrar, además de los requisitos particulares que este Código Nacional exige respecto de cada providencia precautoria, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Para tal efecto, se correrá traslado a la parte afectada con la solicitud respectiva para que en el plazo de tres días hábiles manifieste lo que a su derecho convenga. En dicho caso, las partes deben ofrecer sus pruebas en la comparecencia o en los escritos de solicitud de providencia precautoria y en el de su contestación, y cada una de ellas es responsable de su preparación de forma que puedan recibirse en la audiencia especial para la determinación de la procedencia de la providencia precautoria definitiva. Una vez transcurrido el plazo para que la parte afectada desahogue la vista con la solicitud de la providencia precautoria, se citará a las partes para una audiencia oral que tendrá lugar en un plazo de cinco días en la que se recibirán las pruebas y alegatos de las partes. En la misma audiencia se abordará el debate sobre procedencia, en su caso, de establecer una garantía a cargo del peticionario de la providencia precautoria. Cerrada la instrucción, la autoridad jurisdiccional gozará de un plazo de tres días hábiles para dictar la sentencia interlocutoria en la que confirme, modifique o levante la providencia precautoria, en definitiva. En todo lo relacionado a ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo de pruebas y celebración de audiencia oral, se aplicarán las reglas previstas en el presente Código Nacional.

Ahora: ¿Las adiciones son pertinentes? ¿La reforma modifica o beneficia el acceso a la justicia? ¿Nos encontramos ante

un trámite del trámite? ¿Es oportuna la desnaturalización de las medidas cautelares?

Es oportuno destacar la ausencia de normas jurídicas que regulen la supletoriedad del ordenamiento adjetivo. Así, la legislación se concibe como un todo que no puede ni debe ser complementado por ninguna ley. Sin embargo, eso no significa que los jueces no puedan resolver las controversias que sean tramitadas en su competencia. El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza que tales controversias permanezcan sin certeza o resolución.²⁸ La expectativa tribal es brutalmente incierta.

De inicio, la facultad jurisdiccional prevista en el artículo 363 representa una desafortunada modificación. Lejos de privilegiar el acceso a la justicia y el desarrollo cautelar, solamente entorpece el trámite para su dictado.

Recordemos, el artículo 246 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México dispone la resolución inaudita de las medidas previo al inicio del proceso. Ni para recibir los informes o dictarla era necesario citar al destinatario de la medida. Cabe destacar que este trámite fue consagrado como solución para la solicitud prejudicial o al momento de presentar la demanda.²⁹ Incluso, fue reconocido por la jurisprudencia como un criterio apegado al texto constitucional por considerarse un acto de molestia.³⁰

La norma —de índole activista— no distingue el momento en que los juzgadores pueden o no solicitar la práctica de diligencias accesorias. De verdad, ¿la solución a la necesaria,

²⁸ Artículo 18 Del Código Civil Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

²⁹ V.gr. la Ley de 16 de diciembre de 1853 imponía un trámite posterior a su concesión, con lo que se consagraba su dictado sin audiencia a las partes.

³⁰ Véase: MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Marzo de 1998. Página: 18. Tesis: P/J. 21/98. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Común.

rápida y eficiente resolución de las medidas es dotar de facultades a los jueces para incrementar la carga o desarrollo de actuaciones judiciales? ¿Representa un beneficio hacer regresivo y obstaculizar el trámite procesal? No puedo dar respuesta que apoye a este sentido.

Esto no solo es un error legislativo, también representa una flagrante deficiencia del sistema e ideales que consagran la legislación entrante. La lógica y experiencia asisten a sostener que las probabilidades que los destinatarios de las medidas escondan, transmitan o ejecuten en ciertos actos para burlar los derechos del acreedor, son bastante altas. Sin excepción —salvo nuestra flamante legislación—, desde la teoría general del proceso y el derecho en América se concibe a esta pretensión como una petición, no como una acción procesal autónoma. Es sencillo, la bilateralidad del instar no es aplicable a las cautelares, sino es intrínseca a los procesos en lo principal.

Las pretensiones cautelares no son acciones procesales, pues lo característico de la actividad precautoria es que la pretensión del peticionante pueda lograr una protección inmediata dictada por el órgano jurisdiccional, sin la necesidad de sostener un debate bilateral; dicho de otra manera: nos encontramos ante una petición.³¹ Lo que es objeto de la acción procesal es el proceso, no las cuestiones cautelares.

Los peticionantes pueden asegurar que, a consecuencia de su petición, se iniciará un trámite procedimental con base en las normas adjetivas, pero que terminará en algún momento para posibilitar su objeto con la emisión de una resolución típica de una autoridad. En cambio, no puede asegurar que el contenido de las resoluciones que sean dictadas con posterior-

³¹ Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que tiene competencia para resolver por sí misma la pretensión que aquél le somete a su decisión. Consecuentemente, la autoridad inicia un procedimiento que desembocará una resolución que acogerá o no una pretensión.

ridad sea idéntico, máxime que deberá sujetarse a una tarea resolutoria y de comprobación.³²

A diferencia del proceso jurisdiccional y del proceso ejecutivo, el cautelar no conduce a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa.³³ Este crea un estado jurídico provisional amparado bajo el principio de apariencia del buen derecho que dura hasta el agotamiento del proceso judicial. En virtud de este proceso, la *res* no es, pues, *iudicata*; sino arreglada de modo que pueda esperar el juicio.

Sin embargo, la eficacia de la decisión cautelar no es distinta de la decisión jurisdiccional, ni en cuanto a la eficacia, ni en cuanto a la extensión; pero sí a la duración, por ser temporal o pasajera.³⁴ ¿Cuál es la necesidad o lo atinado de su trámite? No logro identificarlo.

Respecto las adiciones previstas por los artículos 405 y 409 de la citada legislación, desde la exposición de motivos fueron anunciadas como una incorporación novedosa para el derecho procesal civil.³⁵ Tomando como base la legislación de la suspensión provisional y definitiva que se regula en materia de amparo.

La exposición de motivos anota:

En el Capítulo II denominado “De las Medidas Cautelares en Materia Civil”, se cuenta con un apartado de Pro-

³² Para un mayor análisis de la teoría general del proceso, véase: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

³³ Ni a la cosa juzgada, porque su fin es no es darle la razón o negársela a otro, ni resolver la controversia. Ni restitución, porque no tiene por objeto el remediar las lesiones de la pretensión.

³⁴ CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil I, Introducción y función del proceso civil*, 1.ª ed, Orlando Cardenas V. Irapato, 1939, p. 387.

³⁵ Exposición de motivos del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicada en el Dictamen de las comisiones unidades de justicia y de estudios legislativos, segunda, por el que se expide el código nacional de procedimientos civiles y familiares, Gaceta Parlamentaria, LXV Legislatura, Cámara de Senados, número LXV/2SPO-126-3208/133781, de 12 de abril de 2023.

videncias Precautorias entre las que se encuentran la radiación de personas, retención de bienes, depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el litigio, así como el aseguramiento de bienes y condiciones necesarias para conservar la causa de pedir y garantizar la ejecución efectiva de la sentencia, entre otros. Resulta novedoso para el Derecho Procesal Civil, la incorporación de un sistema de 2 fases dentro del procedimiento para decretar las providencias y medidas cautelares en materia civil, tomando como base la figura de la suspensión provisional y definitiva que se regula en la Ley de Amparo. El presente proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares plantea que el procedimiento para decretar una providencia precautoria conste de 2 fases: una provisional y una definitiva. En la fase provisional no se requerirá de citación de la parte afectada y tendrá por objeto proteger el peligro en la demora que afirme y demuestre el peticionario. En caso de ser otorgada, la providencia precautoria provisional surtirá sus efectos hasta que se resuelva sobre el otorgamiento de la providencia precautoria definitiva. Para el otorgamiento de la providencia precautoria definitiva el peticionario deberá demostrar, además de los requisitos particulares que el Código Nacional exige respecto de cada providencia precautoria, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Para tal efecto, se correrá traslado a la parte afectada con la solicitud respectiva para que en el plazo de 3 días hábiles manifieste lo que a su derecho convenga. Las partes deben ofrecer sus pruebas en la comparecencia o en los escritos de solicitud de providencia precautoria y en el de su contestación, y cada una de ellas es responsable de su preparación de forma que puedan recibirse en la audiencia especial para la determinación de la procedencia de la providencia precautoria definitiva. Una vez transcurrido el plazo para que la parte afectada desahogue la vista con

la solicitud de la providencia precautoria, se citará a las partes para una audiencia oral que tendrá lugar en un plazo de 5 días en la que se recibirán las pruebas y alegatos de las partes. En la misma audiencia se abordará el debate sobre procedencia, en su caso, de establecer una garantía a cargo del peticionario de la providencia precautoria. Cerrada la instrucción, la autoridad jurisdiccional gozará de un plazo de 3 días hábiles para dictar la sentencia interlocutoria en la que confirme, modifique o levante la providencia precautoria, en definitiva. En la Sección Segunda del Capítulo II, encontramos lo relativo a las Medidas de Aseguramiento. En ese orden de ideas, se dispone expresamente que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán en forma provisional y definitiva siguiendo el mismo procedimiento cautelar que para las providencias precautorias se analizó líneas arriba. Se dispone expresamente que en todo caso, el mantener las cosas en el estado que guarden pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, se exigirá, previamente, garantía bastante para asegurar su pago, a juicio de la autoridad jurisdiccional que la decrete. Con la aclaración de que, la determinación que ordene que se mantengan las cosas en el estado que guarden al dictarse la medida, no prejuzga sobre la legalidad de la situación que se mantiene, ni sobre los derechos o responsabilidades del que la solicita, ni el pago de daños y perjuicios a que pueda resultar condenado de no ser procedente la medida de aseguramiento.

De manera toral, impone la instrucción y trámite bilateral —a modo de proceso—, para decretar la medida definitiva; no sin antes pronunciarse acerca de la medida provisional. Aun cuando parecería que funciona en materia de amparo,

esa misma ley prevé excepciones para el exceso de sus trámites, la mayoría enfocados en los momentos que surten efectos las medidas, sus elementos y su efectividad.

Es muy desafortunado que las adiciones sustanciales carezcan de sentido o justificación *ad hoc* a un proceso de naturaleza especial. Veamos: las disposiciones del Código Nacional son omisas en regular el momento en que surten efectos las medidas cautelares, tampoco se mencionan los efectos que podría traer su notificación respecto a conductas ejecutadas en detrimento a su contenido. La práctica forense nos ha llevado a desarrollar una línea jurisprudencial sumamente técnica que no menciona ni dilucida la legislación adjetiva. Aplicar las normas —tal como están— nos orilla a generar un estado de indefensión o arbitrariedad para todos los gobernados. Sin ley, no hay garantías o fronteras mínimas que respetar.

Insisto, es una cuestión elemental. Al no haber normas supletorias, el juez representa el único medio para solucionar las deficiencias de la ley con una labor, de suyo, activista y protagónica, al margen de tener tantos ordenamientos como jueces en el país.

Resaltando esta deficiencia, *v. gr.*, la ausencia de disposición que establezca el momento en que surte efectos la denominada “medida provisional”,³⁶ dotándole de exigibilidad hasta el momento en que la destinataria de la medida es notificada para ventilar un procedimiento que no tiene nada de cautelar o de accesorio, sino que representa un trámite principal del trámite verdaderamente principal.

El examen para el otorgamiento de la “medida provisional” nada dista de los requisitos para el dictado de la “medida definitiva”. La experiencia en amparo demuestra que el examen preliminar tiene lugar al mismo tiempo que se ejerce la

³⁶ Distinción que refleja como si las medidas no fueran, por su propia naturaleza, provisionales.

queja constitucional con la que también se hace valer una petición. De ese modo, se presenta una petición conjunta a la acción procesal.³⁷

Pero, tal y como ha sucedido, desde el inicio de los tiempos, la duplicidad de elementos en lo principal e incidente, así como en el mismo incidente, dota de carácter repetitivo al dictado del primer pronunciamiento y el fondo, con lo que genera más y más trámites que llenarán de carga los tribunales. Insisto ¿Cuál es la finalidad de tener un procedimiento cautelar en dos etapas con los mismos elementos a satisfacer para su dictado? Sinceramente, no veo ninguno, salvo la necedad de copiar mal una institución tan técnica como la suspensión del acto reclamado en materia de amparo.

Finalmente, no debemos olvidar que estamos frente a una gran oportunidad para fortalecer el acceso a los derechos en nuestro país. La existencia de nuevos ordenamientos genera un análisis y estudio detallado que, por lo general, tiende a generar reflexiones importantes para la nueva normalidad jurídica. En definitiva, la oportunidad es única. La sociedad mexicana reclama soluciones y leyes a la altura de las nuevas exigencias. Empecemos con el análisis jurídico y propuestas, antes de que las consecuencias de las falsas mejoras recaigan sobre nuestros hombros.

³⁷ En su capítulo octavo, 493 y ss. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El amparo mexicano*, México, Cárdenas Editor, 1971.

Boletín jurídico práctico, núm. 7, octubre del 2024

ISBN: 978-607-59689-3-3

Editado por

Escuela Libre de Derecho

Dr. Vértiz 12 esq. Arcos de Belén,

Col. Doctores, Cuauhtémoc, Ciudad de México,

CP. 06720,

Tel. +52 (55) 5588 0211 conmutador

Editor responsable: José Manuel Villalpando

Supervisión editorial: Manuel Alexandro Munive Páez

Disponible en acceso abierto en la página:

<https://www.eld.edu.mx/>

LOS TEXTOS AQUÍ PUBLICADOS SON
RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE CADA AUTOR

Diseño e impresión: Procesos Editoriales don José S. A. de C. V.
Ganaderos 149, Granjas Esmeralda, 09810, Iztapalapa,
Ciudad de México, 2 de octubre del 2024

Tiraje: 400 ejemplares.

**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO**

RECTOR

Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

José Luis Izunza Espinosa
Fernando Cataño Muro Sandoval
Juan Pablo Estrada Michel
Gabriela de la Mora Galván
Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado

Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Manuel Alejandro Munive Páez
Director del Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Juan Pablo Estrada Michel
Director

Lizbeth América Cedillo Valderrama
Rodolfo Gómez Alcalá
Rafael Estrada Michel
Pablo Francisco Muñoz Díaz
Arturo Ramos Sobarzo
José Manuel Villalpando

9 786075 968933

