



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ARAGÓN

**“LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS  
CAUTELARES EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA  
FEDERAL Y SU ADECUADA APLICACIÓN.”**

## **T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A:**  
GABRIEL ISIDRO VALDEZ SAN PEDRO

ASESOR: MTR. ANTONIO REYES CORTÉS



FES Aragón

**ARAGÓN, EDO. DE MÉX, A 17 DE ABRIL DEL 2009**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## *AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS.*

*Son muchas las personas especiales a las que me gustaría agradecer su amor, amistad, apoyo, ánimo y compañía en las diferentes etapas de mi vida, incluidas aquellas a las que aún no conozco, pero que marcaran mi vida, ya sea para bien o para mal, sabiendo que toda vivencia es un aprendizaje. Algunos están aquí conmigo y otros en mis recuerdos y en mi corazón. Sin importar en donde están o si alguna vez llegan a leer esta dedicatoria quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones. Gracias.*

*A mis padres por darme la oportunidad de existir y poder llenarlos de alegrías, los bendigo y amo con todas mis fuerzas, quiero que sepan que estaré eternamente agradecido con ustedes por su apoyo y comprensión. Madre quiero que sepas que toda historia tiene un principio y un fin, pero dejas en tu hijo una persona de provecho, cuídate y que Dios te bendiga.*

*De manera muy especial a mis hermanas Maria y Gisela, por su apoyo, siendo necesario reconocer que sin su apoyo no hubiese logrado alcanzar esta meta en mi vida, Gracias Gis te amo, Mari eres estupenda cuídate.*

*A mi amiga, esposa y compañera de esta aventura llamada vida, por compartir conmigo este tiempo y este espacio, es increíble que pudiendo existir en cualquier otro momento este ahora conmigo, siempre mantén tu mirada puesta en las estrellas pero no dejes que tus pies se despeguen del suelo, te amo y agradezco infinitamente tu apoyo y comprensión de mis defectos que a veces son mas que mis virtudes, gracias mi amor. Lulú.*

*Alexa, lo mejor que me pudo pasar en la vida, gracias por existir y acompañarme en esta nueva etapa de la vida eres mi gran motor y espero poder ser un ejemplo para ti.*

*Axel, eres la continuación de una dinastía tienes una gran fuerza no te dejes vencer por nada y lograras superar todas las metas que te propongas en la vida.*

*Ariadna, eres lo que siempre he deseado tener en este mundo, alegría y vida, se feliz y logra todo lo que te propongas.*

*A Silvia por ser la mejor amiga y cómplice de mi esposa, te estaré eternamente agradecido por todo lo que nos das y apoyas, aunque en ocasiones no lo merezcamos.*

*A Benito, le agradezco su paciencia y serenidad, espero que dentro de poco le pueda corresponder de alguna manera.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México, Campus Aragón, por darme la oportunidad de obtener el grado de Licenciado en Derecho, procurando a mi alma el conocimiento necesario para el desempeño de esta actividad.*

*A mis profesores quienes han inculcado en mi el deseo de aprendizaje y esmero para lograr el éxito, gracias.*

*Al Maestro Antonio Reyes Cortes, por su paciencia y comprensión en la realización de esta Tesis.*

*A la Maestra Janette Yolanda Mendoza Gándara por las facilidades otorgadas en los trámites realizados en su seminario.*

*A cada uno de los integrantes del jurado para la presentación de mi examen profesional, gracias por las facilidades en sus correcciones y en el otorgamiento de la aprobación al trabajo que se sustenta.*

*A mis amigos, especialmente a Nabor, Patricia Ornelas, Gloria, Alejandra, Eduardo, Rogelio, Dante, Ivonne, Alicia, Silvia, Miguel, Lucia, Cesar, Alejandro, Alma, Daniel, Arturo Vázquez, Lucero y todos y cada una de las personas que me brindaron su amistad sinceramente, agradezco de cada uno de ustedes las bendiciones que me hayan elevado, pero también las maldiciones de quienes no les simpatizó.*

*Nabor te agradezco tu compañerismo, tu fe en mí y en mis capacidades, espero poder corresponder a estas de la mejor manera, recuerda pase lo que pase siempre serás mi amigo, cuídate y suerte en cada meta que te traces.*

*Aquellas personas que de manera involuntaria olvido, pero que saben que les agradezco su apoyo y comprensión.*

*A Dios, por darme la familia que tengo, la vida que disfruto y el futuro tan halagador que espero tener.*

*GRACIAS.*

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO 1

#### GENERALIDADES DE LA MEDIDA CAUTELAR

1.1 Principios Generales.....	1
1.1.1 Naturaleza jurídica y Fundamento Constitucional.....	8
1.1.2 Teoría objetiva y subjetiva de la medida cautelar.....	12
1.1.3 Concepto de medida cautelar.....	14
1.2 Caracteres de la medida cautelar.....	17
1.2.1 Instrumentalidad.....	17
1.2.2 Provisionalidad.....	18
1.2.3 Jurisdicción rogada.....	20
1.2.4 Flexibilidad.....	21
1.2.5 Autonomía.....	22

### CAPÍTULO 2

#### ASPECTOS PROCESALES DE LA MEDIDA CAUTELAR ACORDE CON LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

2.1 Presupuestos procesales de las medidas cautelares.....	24
2.1.1 Competencia.....	27
2.1.2 A petición de parte u oficiosamente.....	28
2.1.3 La oportunidad en la solicitud de la medida.....	30
2.1.4 Verosimilitud del derecho.....	32
2.1.5 Peligro en la demora.....	34
2.1.6 Prestación adecuada de garantía para el pago de daños y perjuicios.....	35
2.1.7 Protección del ordenamiento jurídico.....	39
2.1.8 Garantía de eficacia de la actividad jurisdiccional.....	40
2.2 Criterio de admisión por el juzgador.....	42
2.2.1 Poder cautelar general y discrecional.....	45
2.3 La caducidad de la medida cautelar.....	48

### CAPÍTULO 3

#### REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1 Requisitos de procedencia de la medida cautelar en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo ...	49
3.1.1 Reglas comunes.....	49
3.1.2 Requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro de daño grave e irreparable por la demora.....	52
3.1.2.1 Examen de certeza sobre la verosimilitud.....	57

3.1.3 Garantía de daños y perjuicios.....	58
3.1.3.1 Daño irreparable.....	59
3.1.3.2 Daño inminente.....	61
3.1.3.3 Tipos de garantía de daños y perjuicios.....	61
3.1.4 Criterio jurisprudencial de la medida cautelar.....	63
3.2 La suspensión del acto impugnado en comparación con la medida cautelar.....	83
3.2.1 Requisitos para la suspensión que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo contempla.....	96
3.3 Comparación de la suspensión en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley de Amparo.....	101

## CAPÍTULO 4

### LA MEDIDA CAUTELAR EN MÉXICO

4.1 Tipos de Medidas Cautelares que señala el Derecho Comparado.....	107
4.1.1 Por su forma.....	114
4.1.1.1 Nominadas e Innominadas.....	114
4.1.2 Por sus efectos.....	115
4.1.2.1 Conservativas e Innovativas.....	115
4.1.3 En razón a lo que se pretende proteger.....	117
4.1.3.1 Protección de bienes.....	117
4.1.3.2 Protección de personas.....	118
4.1.3.3 Aseguramiento de Pruebas.....	118
4.2 Medidas Cautelares que establece la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en México.....	119
4.2.1 Negativas.....	119
4.2.2 Positivas.....	121
Propuesta.....	124
Actos contra los que proceden las Medidas Cautelares.....	124
A) Créditos Fiscales.....	124
B) Aprovechamientos.....	126
C) Sanciones por responsabilidad de servidores públicos.....	126
D) Licitaciones.....	129
E) Propiedad Intelectual.....	130
CONCLUSIONES.....	132
FUENTES CONSULTADAS.....	136
Legislaciones.....	137

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis dentro de sus cuatro capítulos abarca la teoría de las medidas cautelares, basados en la tutela judicial efectiva que prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17.

Consideramos que la justicia provisional que se obtiene, a través de esta figura jurídica, favorece y garantiza una resolución que sea confiable para los gobernados, esto es, que las medidas cautelares asegurarán una parte que se resolverá de manera provisional y crearán una nueva forma de observar las funciones de los jueces y magistrados. Señalamos que la cultura romana acuñó en los siguientes términos: Ubi Societas, Ibi Ius, que se entiende como donde esta la sociedad, ahí esta el derecho, el cual es una máxima de filosofía jurídica que afirma, por consiguiente, que el derecho es un elemento sin el cual no es posible la vida social. En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día, por ejemplo se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

Este derecho que se encuentra en toda sociedad, debe tener un fin, en el caso del Estado, es el bien común. Dicho bien común se logra solo mediante la aplicación irrestricta de las normas jurídicas creadas para dicha situación, respetándose con ello las garantías que el Estado debe otorgar. Pero resulta, que si bien existe la norma jurídica aplicable al caso concreto, la cual resolverá la controversia entre dos partes, y que igualmente existe una persona llamada juez, magistrado o ministro, quien será la encargada de la aplicación de la norma a las acciones y excepciones que esgriman las partes, que dicha potestad es otorgada por el Estado para que lo represente y lo faculte a través



de una Institución denominada Tribunal o Juzgado, a fin de resolver las controversias entre las partes (incluido el Estado).

También resultaría ilusorio que ante tal organización del procedimiento que se puede seguir para resolver toda clase de controversias, una vez emitida la sentencia que satisfaga las pretensiones de una de las partes, la misma sea ilusoria en cuanto a sus efectos. Precisando un poco la institución que procuraremos analizar, la medida cautelar busca que tal situación no se actualice en los diversos casos.

En el primer capítulo apuntaremos los requisitos que la doctrina ha postulado como necesarios para la aplicación de las medidas cautelares, su naturaleza jurídica, su fundamento constitucional, así como su concepto, aplicando un método analítico.

A manera de puntualizar para nosotros las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza administrativa.

En materia fiscal, el sujeto activo de la relación tributaria es el Estado y el sujeto pasivo es el contribuyente o responsable solidario. Por eso se justifica la existencia del Código Fiscal de la Federación, el cual contiene derechos y obligaciones que deben cumplir los contribuyentes y las facultades y atribuciones de que gozan las autoridades fiscales.

Pero no basta la existencia de dicho ordenamiento para que impere la igualdad de las relaciones jurídico-tributarias; se requiere, a su vez, de normas jurídicas

procesales que realicen aquellos derechos. Por lo tanto, conjuntamente con el Derecho sustantivo fiscal existe otra disciplina para su ejecución: La ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

En dicha Ley no se deben ver tan solo formulas que tienen por objeto restablecer situaciones jurídicas y económicas perturbadas por la violación al derecho sustantivo, sino medios instrumentales que sirven para materializar la Justicia en toda su extensión.

Los sacerdotes del Derecho son los jueces, decía Cicerón, porque a ellos incumbe administrar justicia. Se requiere, en consecuencia, que satisfagan requisitos físicos, intelectuales, morales y jurídicos para poder desempeñar tan augusta función. Por lo tanto, podemos decir que las facultades del Juez son correlativas a deberes que tiene no frente a las partes, sino frente al ordenamiento jurídico del que emanan.

En el caso concreto, toca examinar someramente uno de los Capítulos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1° de Diciembre de 2005 y que entró en vigor el 1° de enero de 2006.

El legislador preocupado porque la tutela jurídica efectiva que pueda obtenerse mediante el ejercicio de la función jurisdiccional no llegue demasiado tarde, ha creado procedimientos cautelares, cuya naturaleza provisional está destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas.

Carnelutti enseña que la función del proceso cautelar implica la existencia de dos procesos respecto a la misma controversia: el cautelar, que no existe por sí mismo, sino como un medio para llegar al definitivo, y agrega: no se excluye, naturalmente, que al proceso cautelar no siga el definitivo, pero esto sólo puede suceder hasta después que se desarrolle el primero.

En otras palabras, existen determinadas situaciones jurídicas que exigen la realización de una actividad procesal previa tendiente a asegurar el éxito de un proceso definitivo. La primera de esas actividades toma el nombre de proceso cautelar, vocablo que deriva de *caución* que significa garantía, y lo es del éxito final del segundo proceso en el cual se logrará la tutela que se busca.

De esto podemos concluir que Las Medidas Cautelares son aquellas que concede la ley al actor para que con mayor seguridad pueda hacer valer sus derechos. Dichas medidas pueden tomarse antes o durante la tramitación del procedimiento. Por tal motivo, en el Capítulo III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo se establece la procedencia de las Medidas Cautelares, las cuales comprenden del Artículo 24 al 28 de dicha ley.

El objetivo fundamental de esta medida es impedir que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o evitar se cause un daño irreparable al actor, siempre y cuando no se cause un perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público. Así precisamos que nuestro tema busca ejemplificar las medidas cautelares que debería de aplicar el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para los diversos casos que le compete conocer; pero sobre toda en materia administrativa, en la cual, se le otorgó a los Magistrados la posibilidad de adecuar sus medidas cautelares para que la sentencia que emitan no sea ilusoria o ineficaz, para su efectividad.

Por último, se precisa que al existir la medida cautelar, desde el Código Fiscal Federal, en su artículo 208-Bis; esta era solo procedente para los créditos fiscales denominados como contribuciones o aprovechamientos; dejándose a la materia administrativa en un total estado de incertidumbre jurídica, ya sea porque la medida cautelar otorgada en términos del numeral citado, podría ser inadecuada o bien ineficaz por ser actos consumados; además de crear una cultura jurídica limitada en cuanto la apreciación de quienes tienen la facultad

para aplicar las medidas cautelares necesarias, dejando como una posibilidad de aplicación de medida cautelar la suspensión del acto impugnado, resultando como ya se dio en algunos casos improcedentes.

Se realiza una comparación entre la figura de la suspensión del acto reclamado, en derecho de amparo, y las medidas cautelares de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, entre ellas la suspensión del acto impugnado.

Asimismo se realiza una comparación de las disposiciones de otras latitudes del planeta como son la Unión Europea y en especial España, ya que consideramos que han avanzado de manera importante en el estudio de esta materia.

Concluimos el presente trabajo, realizando propuestas breves de cómo se deberían aplicar en materia contenciosa administrativa las medidas cautelares, sobre todo la actualización en su aplicación de las llamadas positivas.

## **CAPÍTULO 1**

### **GENERALIDADES DE LA MEDIDA CAUTELAR**

#### **1.1 Principios Generales**

El Derecho se divide para su aplicabilidad en dos, en el derecho sustantivo y derecho adjetivo. El derecho sustantivo es aquel que establece derechos y obligaciones, facultades o deberes para las personas, y prevé normalmente las sanciones que deben aplicarse a aquellas cuando incurran en incumplimiento.

Por otro lado, sería insuficiente e ineficaz el ordenamiento jurídico que solo se limitara a establecer normas de derecho sustantivo o material, dejando su aplicación exclusivamente a la espontánea voluntad de sus destinatarios. Pero hay veces en que no se acatan de manera voluntaria dichas normas, o bien, al ser confusas y técnicas no se producen los efectos para lo que fueron creadas, se producen conflictos, en los cuales hay que seguir un procedimiento. Por esa razón, al lado de las normas sustantivas está el derecho adjetivo, que se entiende como aquellas normas que prescriben las condiciones y los procedimientos para la creación y aplicación de las primeras, así como la integración y competencia de los órganos del Estado que deben intervenir en dichos procedimientos.

Así en nuestro lenguaje utilizamos la expresión Derecho para referirnos indistintamente al conjunto de normas jurídicas (derecho objetivo) y a la ciencia que estudia ese conjunto de normas (ciencia jurídica o ciencia del derecho).

Seguramente lo más apropiado sería hablar, en cada caso, de Derecho y de ciencia del Derecho. Sin embargo, probablemente por brevedad, a ambos objetos se les suele llamar Derecho. Lo mismo ocurre con el derecho procesal: también usamos esta expresión para designar tanto al conjunto de normas y principios jurídicos que regulan al proceso jurisdiccional y a la integración y

competencia de los órganos del Estado que intervienen en el mismo, en cuanto a la ciencia jurídica que estudia dicho conjunto de normas y principios.

El término procesal –en sentido objetivo- se le suele designar al conjunto de normas y principios jurídicos que regulan tanto el proceso jurisdiccional como a la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen en el mismo. Todas esas normas y principios son calificados como procesales, porque el objeto primordial de su regulación es, de manera directa o indirecta, el proceso jurisdiccional. Si bien las reglas sobre la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen en el proceso parecerían referirse solamente a tales órganos, en realidad tiene un alcance mucho mayor dado que son las normas que determinan la organización y la competencia de estos sujetos procesales, en función fundamentalmente de su intervención en el proceso jurisdiccional.

No obstante, sin dejar de reconocer el carácter procesal de todas estas normas, podemos calificarlas, de acuerdo con el objeto directo de su regulación en dos especies:

- a) Las normas procesales en sentido estricto, que son aquellas que determinan las condiciones para la construcción, el desarrollo y la terminación del proceso; y
- b) Las normas orgánicas, que son las que establecen la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen en el proceso jurisdiccional.

“Por otro lado los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento

jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal<sup>1</sup>”

Para el estudio del presente tema, consideramos que en el principio ***Ubi Societas, Ibi Ius***, que se acuñó en Roma y que refiere que donde esta la sociedad, ahí esta el derecho, (máxima de filosofía jurídica) donde se afirma, por consiguiente, que el derecho es un elemento sin el cual no es posible la vida social.

Este derecho que se encuentra en toda sociedad, debe tener un fin, en el caso del Estado, es el bien común. Dicho bien común se logra solo mediante la aplicación irrestricta de las normas jurídicas creadas para dicha situación, respetándose con ello las garantías u obligaciones que el Estado otorga e impone. Pero resulta, que si bien existe la norma jurídica aplicable al caso concreto, la cual resolverá la controversia entre dos partes, y que igualmente existe una persona llamado juzgador, quien será el encargado de la aplicación de la norma a las acciones y excepciones que esgriman las partes, que dicha potestad es otorgada por el Estado para que lo represente y lo faculta a través de una Institución denominada Tribunal o Juzgado, a fin de resolver las controversias entre las partes (incluido el Estado). También resultaría frustrante que ante tal organización del procedimiento que se puede seguir para la dirimir toda clase de controversias, una vez emitida la sentencia que satisfaga las pretensiones de una de las partes, la misma sea ilusoria en cuanto a sus efectos. Función, la anterior, que la medida cautelar procura satisfacer.

En el Imperio Romano e incluso después, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de

---

<sup>1</sup> OVALLE FAVELA, José, Teoría General del Proceso, 5ª Ed., Oxford University Press, México, 2001, pag 192.

hoy en día. “La Pignoris Catio<sup>2</sup>, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda”.

“Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones<sup>3</sup>, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.”

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis actiones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

---

<sup>2</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, 20ª Ed., Esfinge, Naucalpan Estado de México, 1994, p. 150.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 145.



Los sacerdotes del Derecho son los jueces, decía Cicerón, porque a ellos incumbe administrar justicia. Se requiere, en consecuencia, que satisfagan requisitos físicos, intelectuales, morales y jurídicos para poder desempeñar tan augusta función. Por lo tanto, podemos decir que las facultades del Juez son correlativas a deberes que tiene no frente a las partes, sino frente al ordenamiento jurídico del que emanan.

En el caso concreto, toca examinar la figura jurídica de las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, que pertenecen al derecho procesal o adjetivo de todos los ordenamientos jurídicos, denominándose de diversas maneras, las cuales se verán más adelante.

En esas condiciones tenemos como principios generales que para el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, que pueda obtenerse mediante el ejercicio de la función jurisdiccional no llegue demasiado tarde, ha establecido procedimientos cautelares, cuya naturaleza provisional está destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas.

“Carnelutti enseña que la función del proceso cautelar implica la existencia de dos procesos respecto a la misma controversia: el cautelar, que no existe por sí mismo, sino como un medio para llegar al definitivo, y agrega: no se excluye, naturalmente, que al proceso cautelar no siga el definitivo, pero esto sólo puede suceder hasta después que se desarrolle el primero<sup>4</sup>.”

En otras palabras, existen determinadas situaciones jurídicas que exigen la realización de una actividad procesal previa tendiente a asegurar el éxito de un proceso definitivo. La primera de esas actividades toma el nombre de proceso

---

<sup>4</sup>CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Tr. de Santiago de Sentis Melendo, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1973, p. 87.

cautelar, vocablo que deriva de caución que significa garantía, y lo es del éxito final del segundo proceso en el cual se logrará la tutela que se busca.

Es a través de esta denominación como la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que regula el Juicio Contencioso Administrativo Federal, se refiere a una serie de medidas asegurativas que debe tomar en cuenta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a fin de preservar la materia del juicio.

De esto podemos concluir que las medidas cautelares son aquellas que concede la ley a las partes, para que con mayor seguridad pueda hacer valer sus derechos. Dichas medidas pueden tomarse antes o durante la tramitación del procedimiento. Por tal motivo, en el Capítulo III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo se dispuso la procedencia de las medidas cautelares, las cuales comprenden del artículo 24 al 27 de dicha ley; aunado el artículo 28 del mismo ordenamiento, que prevé la suspensión del acto impugnado.

El objetivo fundamental de esta medida es impedir que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o evitar se cause un daño irreparable al actor, siempre y cuando no se cause un perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público. Así precisamos que nuestro tema busca ejemplificar las medidas cautelares que debería de aplicar el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para los diversos casos que le compete conocer; pero sobre toda en materia administrativa, en la cual, se le otorgó a los Magistrados la posibilidad de adecuar sus medidas cautelares para que la sentencia que emitan no sea ilusoria o ineficaz, para su efectividad.

Se precisa que al existir la medida cautelar, desde el Código Fiscal Federal, en su artículo 208-Bis; esta era solo precedente para los créditos fiscales denominados como contribuciones o aprovechamientos; dejándose a la materia

administrativa en un total estado de incertidumbre jurídica, ya sea porque la medida cautelar otorgada en términos del numeral citado, podría ser inadecuada o bien ineficaz por ser actos que no podían ser suspendidos; además de crear una cultura jurídica limitada en cuanto la aplicación de quienes tienen la facultad para aplicar dicha figura, dejando como una posibilidad de aplicación de medida cautelar la suspensión del acto impugnado, resultando (como ya se dio en algunos casos) improcedente.

De lo anterior, se aprecia que existen implícitamente los principios procesales que regulan a las medidas cautelares, como son la certeza jurídica, la igualdad entre las partes, el principio de contradicción y el de economía procesal.

Entendiendo a la certeza jurídica, como aquella facultad que el Estado tiene para garantizar a los gobernados que les será impartida justicia pronta y expedita, tal y como lo manda la Constitución, a través de instituciones y leyes previamente establecidos y sin que el resultado se vuelva ilusorio o bien ineficaz.

La igualdad entre las partes, impone la obligación al juzgador así como el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que se basen aquellas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones.

El principio de contradicción se expresa en la formula *auditur et altera pars* (óigase a la otra parte), impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes oyendo previamente las razones de la contraparte o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese.

Por último, el de economía procesal que se entiende que se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos.

### **1.1.1 Naturaleza jurídica y fundamento Constitucional.**

La ley en sentido amplio, o derecho objetivo, es la manifestación de la voluntad colectiva dirigida a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos. El fin que se propone esta voluntad, como el fin del Estado, es doble:

- a) Proveer la conservación de los sujetos jurídicos, así como a su organización política (Estado) y de los bienes que se consideran propios de ellos; y
- b) Regular la atribución de los bienes de la vida a los sujetos jurídicos singulares. El Estado puede asumir por sí mismo la distribución de esos bienes, o limitarse a reconocer la actividad del individuo en cuanto se dirige a ellos y a tutelar sus resultados restringiendo la libertad de los demás. Pero, en todo caso, el reconocimiento por parte de la voluntad de la ley confiere una particular eficacia a la tendencia del particular hacia aquellos bienes.

Apoyándose, en efecto sobre la voluntad de la ley, el sujeto jurídico aspira a la adquisición o conservación de aquellos bienes, aún por vía de coacción, lo que constituye el llamado Derecho Subjetivo, el cual puede definirse como la expectativa de un bien del hombre (vida, propiedad entre otros) garantizada por la voluntad de la ley.

Si se analiza la idea del Derecho Subjetivo, vemos que esta resuelve la voluntad concreta de la ley. Toda norma contenida en la ley es una voluntad general, abstracta, hipotética, condicionada a la verificación de determinados

hechos, los cuales, por regla general, pueden producirse de manera indefinida. Siempre que se verifica el hecho o el grupo de hechos previstos por la norma, se forma una voluntad concreta de la ley, ya que de la voluntad general y abstracta nace una voluntad particular que tiende a actuarse en el caso dado.

Generalmente, la voluntad concreta de la ley tiende a realizarse, en primer lugar, mediante la prestación que una persona está obligada a hacer a otra, de tal suerte que el derecho de una parte corresponde a una obligación de la otra. Por ejemplo a cada estipulación de compraventa corresponde la formación de una voluntad concreta de la ley, en virtud de la cual determinado comprador debe obtener la cosa, y el vendedor debe recibir el precio.

Pero en muchos casos la voluntad concreta de la ley se realiza independientemente de la prestación y de la obligación de alguien. Por ejemplo en la transmisión de la herencia o en la separación personal de los cónyuges. Cuando por el contrario, la voluntad concreta de la ley debiera realizarse en primer lugar mediante la prestación del obligado, si ésta falta, se lleva a cabo su realización mediante el proceso. Esta observación aclara, por un parte, la gran división de los derechos, y por la otra, el concepto de acción.

Cuando alguien pretende un bien de la vida fundamentando una voluntad concreta de ley, que en realidad no existe, se forma entonces una voluntad concreta de la ley en virtud de la cual tal pretensión debe ser considerada, declarada y tratada como falta de fundamento, lo que puede también expresarse diciendo que se forma una voluntad concreta negativa de la ley.

En el proceso, formado por la demanda de una parte (actor) frente a otra (demandado), no sirve para hacer concreta la voluntad de la ley, puesto que esta voluntad fue formada con anterioridad al proceso, sino para declarar cuál es la voluntad concreta de la ley y para ejercerla; ya sea la voluntad de la ley afirmada por el actor, la cual, si existe, es producida con la admisión de la

demanda o, en caso contrario, la voluntad negativa de la ley, la cual es acatada con la desestimación de la demanda.

Así las figuras jurídicas que se aplican en el día a día por los jueces deben tener necesariamente un fundamento, una raíz, de la cual emanen; la naturaleza jurídica de las medidas es a nuestra consideración, la necesidad de dar seguridad jurídica a los gobernados en los distintos ordenamientos jurídicos pretendiendo con ello hacer eficaces las determinaciones que emitan los juzgadores.

Por lo que si las medidas cautelares, las cuales forman parte del derecho de la tutela judicial efectiva y que en nuestro sistema jurídico tiene su fundamento Constitucional en el segundo párrafo del artículo 17, el cual dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

De igual forma su párrafo tercero preceptúa: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y *la plena ejecución de sus resoluciones.*”

En definitiva, el derecho en su constante evolución, presenta una transformación en sus diversas figuras jurídicas adecuándolas a la época en que se aplica, siendo necesario que se aprecie la diferencia entre las figuras jurídicas que tienen cierta similitud.

La función preventiva del Estado tiene como finalidad tutelar el derecho de los ciudadanos ante un peligro determinado; por ejemplo la separación de los cónyuges en un proceso de divorcio. La función cautelar del Estado es instrumental de la pretensión ejercitada en el proceso, para asegurar la ejecución.

Las medidas cautelares son jurisdiccionales y su finalidad es evitar que se frustre el proceso –concretamente lograr la efectividad de la ejecución de la sentencia-. Así la función cautelar es una de las que ejerce el órgano jurisdiccional. La jurisdicción no satisface una finalidad con el reconocimiento meramente académico de un derecho, requiere que se logre hacerlo efectivo.

Algunos autores consideran que la función cautelar es de carácter administrativo y no jurisdiccional. Piensan que la función jurisdiccional sólo consiste en la declaración del Derecho, la decisión sobre la pretensión, y hasta la ejecución. Pero a nuestro juicio las resoluciones cautelares son propiamente resoluciones jurisdiccionales y no administrativas, no se puede negar, si es verdad, como lo es, que en ellas se manifiesta una forma, así sea diferenciada de aquella misma actividad dirigida a la actuación del derecho que constituye el fin a donde esta dirigida dicha actividad. Esto es, complementario de la pretensión jurisdiccional.

Se trata así de una tutela que tiene como finalidad asegurar o garantizar los resultados ante los peligros que entraña la duración del proceso: el periculum in mora. La cautela funciona como un puente entre la cognición y la ejecución.

Así la función cautelar y la función preventiva no pueden ser la misma figura ya que, si bien persiguen el mismo fin, el bien común, son distintas en cuanto a su aplicación, siendo la primera necesaria para el buen resultado de lo juzgado ante la autoridad competente, garantizando que la resolución o sanción impuesta no sea ilusoria para quienes solicitan la aplicación del Derecho, buscando con ello lograr que haya justicia, para conservar el bien común. Por su parte la función preventiva del Estado, es la necesidad de evitar, mediante sanciones preceptuadas, la incidencia de las personas en actos que se consideran como delitos, procurando con ello, lograr de igual manera el bien común.

Luego entonces, la función cautelar del Estado, es una garantía para las partes en un litigio, que al emitir el juzgador la sentencia que en definitiva concluya el derecho que las partes invocan, la misma no sea ilusoria para quien resulte beneficiado por dicha sentencia; procurando mediante los medios idóneos garantizar el derecho que le corresponde.

Por otro lado, la función preventiva busca a través de hipótesis y sanciones intimidatorias, la menor incurrencia en actos que son considerados como delito. “Por lo tanto la medida cautelar adoptada para salvaguardar el imperium iudicis -dice Calamendri- o sea impedir que la soberanía del Estado, en su más alto expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde<sup>5</sup>.”

De manera que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se encuentra en la función cautelar que el Estado tiene para asegurar su imperium iudicis, anteriormente otorgado, que no es otra cosa que la sana y adecuada aplicación del derecho con su congruente posibilidad real de ejecución. Por lo tanto, el deber jurídico en general y en particular, es el que emerge en la relación jurídica obligacional como correlativa del derecho del acreedor originando la obligación jurídica del deudor con la nota de coercibilidad.

### **1.1.2 Teoría objetiva y subjetiva de la medida cautelar.**

Cualquier derecho subjetivo presupone, como su fuente o causa inmediata, una relación entre dos o más personas, regulada por la voluntad de la ley y creada por la realización de un hecho. Las personas se relacionan de diversas maneras en la sociedad, pero cuando la relación está regulada por la voluntad

---

<sup>5</sup>CALAMENDREI, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Tr. de Santiago Sentis Melendo, Porrúa, México, 1998, pág. 140.



de la ley, se llama relación jurídica, cuyo concepto es más amplio que el de Derecho Subjetivo, no tanto porque se expresa, además de la posición de aquel a quien le corresponde un derecho, la de aquel que está sometido a este derecho (porque en realidad esta duplicidad de posiciones está contenida en la misma idea de derecho subjetivo), sino más bien porque la relación jurídica no se agota en un único derecho subjetivo de una parte y en el correspondiente sometimiento de la otra.

La relación jurídica es compleja, es decir, comprende más de un Derecho Subjetivo de una parte hacia la otra, frecuentemente una pluralidad de derechos recíprocos entre las partes.

El mismo proceso, aunque tiene por objeto la relación jurídica entre las partes deducida en juicio por el actor (relación jurídica sustantiva), constituye a su vez, una relación jurídica de Derecho Público entre las partes y el órgano jurisdiccional, relación jurídica procesal, y las dos relaciones presentan continuas interferencias y contraposiciones en el proceso. Entonces la relación jurídica que nace entre las partes, crea dos teorías en cuanto a la responsabilidad de quién solicita la medida cautelar. Se trata de la objetiva y de la subjetiva.

En la teoría objetiva, se expone que toda medida cautelar envolverá un riesgo precisamente inherente al estado de incertidumbre del Derecho que da pie al proveído de urgencias; y sí, posteriormente resulta que el derecho cautelar no existió y que, como consecuencia, la aplicación de la medida cautelar es inútil y acaso ha perjudicado injustificadamente al pretendido deudor, este tendrá el derecho al resarcimiento de daños, ya no porque la providencia provisional haya sido ilegítimamente dictada a favor de quién estaba desprovisto de acción cautelar, sino porque toda acción promovida a este propósito sobre la apariencia y no la existencia de un derecho, lleva consigo un cierto margen de error que constituye, por así decirlo, el precio de la rapidez y que debe

naturalmente recaer sobre quién con esta rapidez se benefició. La teoría subjetiva, señala que se ha dicho que no basta la circunstancia objetiva de la derrota en la litis para que el solicitante de la medida deba responder de los daños y perjuicios que ella pueda haber ocasionado.

Es necesario que concurren los extremos de responsabilidad civil: dolo o culpa del agente, daño o relación causal entre uno y otro, o bien, el ejercicio abusivo del derecho en la ostentación de la cautela injustificada. Ausentes tales recaudos, cabe considerar que si el órgano jurisdiccional acogió, la medida, es porque ella era legítima sin que quepa, por consiguiente, efectivamente la responsabilidad de su frustrado beneficio.

Resultando por tanto que dichas teorías son complementarias una de otra, procurando la primera crear la obligación que toda relación jurídica tiene implícitamente, como lo es la pretensión que las partes aseguran tener, ya sea como acción o como excepción; y por otro lado, que al resolver el juzgador, el condenado quién se benefició con la medida cautelar sea responsable del abuso del derecho, siempre que haya existido dolo de su parte que con ella se vio beneficiada, lo cual implicaría cierta ineptitud del juzgador al momento de conceder la medida cautelar, ya que no acató la apariencia del derecho que le correspondía a las partes; posición ilógica, que no debe ser desechada del todo, pero que basada en dicha apariencia no puede ser imputable a ninguna de las partes.

### **1.1.3 Concepto de medida cautelar.**

Precisando un poco la institución que procuramos analizar, debemos conceptuar la figura jurídica ¿que debe entenderse por medida cautelar?, etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición, prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico,

se entiende como tales aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Para “Chiovenda son las 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 ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.<sup>6</sup>”

Para “Carnelutti expresa que cautelar, se llama el proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo). Continúa señalando que para asegurar el propio buen fin puede servir el proceso mismo (definitivo), a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela; por eso, cautelar puede ser, no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo.<sup>7</sup>”

“Podetti, señala que las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede ser o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes, para hacer eficaces las sentencias de los jueces.<sup>8</sup>”

Por su parte “Kielmanovich, dice que las medidas cautelares implican una pretensión de tutela anticipada o el anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, al servicio del proceso contencioso.<sup>9</sup>”

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de Derecho Procesal Civil, Tr. y compilación Enrique Figueroa Alfonso, Pedagógica Iberoamericana, Colección de Texto Jurídicos Universitarios, México, 1995, p-114.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Op. Cit, p. 86.

<sup>8</sup> PODETTI, Ramiro, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, Argentina, 1995, p. 33.

<sup>9</sup> KIELMANOVICH, Jorge L., Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000, p. 31.

Para "Fix Zamudio, son los instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del 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.<sup>10</sup>"

Para nosotros las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza administrativa.

En conclusión, la medida cautelar es aquella que pretende garantizar los efectos de la sentencia que recaiga a una controversia, manteniendo las cosas en el estado en que se encontraban al momento de iniciar la controversia, siendo por lo tanto garante para la resolución o sentencia que se emitirá el órgano competente en dicho proceso.

---

<sup>10</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, Medidas Cautelares, en Diccionario Jurídico Mexicano, pág. 112.

## **1.2 Caracteres de la medida cautelar.**

Los caracteres de las medidas cautelares son la Instrumentalidad, provisionalidad, jurisdicción rogada, flexibilidad y autonomía, los cuales se analizan a continuación.

### **1.2.1 Instrumentalidad.**

Las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en si mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél, como hemos dicho anteriormente, y sin que a ello se oponga la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquellas y el de la pretensión o petición de fondo.

Como señala Chiovenda, “la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley.<sup>11</sup>”

En este sentido parece útil la distinción que efectúa Carnelutti en torno a la figura del proceso cautelar por oposición al definitivo, particularmente frente a la no siempre fácil o nítida distinción que se esboza entre las medidas cautelares y las autosatisfactivas, por más que, también se le apliquen a las segundas algunas de las normas que regulan a la primera.

Como ya se dijo la medida cautelar depende de la existencia de un proceso definitivo, que sería, aquel que sirve inmediatamente para la composición de la litis o para el desenvolvimiento del negocio, o en otras palabras, cuando su efecto sobre la litis o sobre el negocio se produce sin que medie otro proceso.

---

<sup>11</sup>Op. cit, pág 114.

Es claro que, la coincidencia sustancial entre el objeto mediato de la pretensión cautelar y el de la pretensión de fondo no importa desconocer el carácter instrumental de la primera más allá de que la Instrumentalidad de las medidas cautelares deba verse respecto de la existencia de otro proceso judicial definitivo o principal y en absoluto con relación a otra pretensión, pues, como hemos explicado antes, puede no existir una pretensión sino una mera petición procesal, así, verbigracia, en el proceso sucesorio.

En ausencia de este carácter, o lo que es lo mismo, en tanto la tutela se alcance definitivamente con la pretensión cautelar, esta dejaría de ser tal, hallándonos más bien en presencia de un proceso urgente, cualquiera que fuese la denominación que se le acuerde y las normas que hubiesen de aplicársele.

### **1.2.2 Provisionalidad.**

Las medidas cautelares se caracterizan, a su turno, por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad, verificándose su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias, o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron (*rebus sic stantibus*), pudiendo entonces así solicitar su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración.

Por tal motivo y por la Instrumentalidad propia de las medidas cautelares, es que la conclusión del proceso por perención o caducidad de la instancia habrá de importar la de aquellas, sin que su admisión previa pueda resultar, entonces, vinculante para el nuevo magistrado.

Es claro que no es viable el levantamiento de una medida cautelar por vía de la acción o pretensión, si no a través de la promoción del correspondiente incidente.

No obstante, si bien, como se ha dicho, las medidas cautelares podrán ser dejadas sin efecto en cualquier tiempo en tanto se verifique una variación de los presupuestos determinantes, en tanto se pretenda cuestionar la admisibilidad de la resolución que las fija sobre la base de los elementos vigentes al momento de su dictado.

Vale decir que si la parte afectada por la traba de una medida cautelar no interpuso oportunamente los recursos pertinentes, no puede reclamar luego por la vía incidental su levantamiento sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma, salvo reiteramos la singular hipótesis del embargo trabado sobre bienes inembargables.

Por otra parte, las medidas cautelares caducan cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión, puesto que las mismas operan como accesorias y al sólo efecto de garantizar el cumplimiento de una eventual condena, razón por la cual aún cuando no se haya ordenado formalmente el levantamiento de la medida, el afectado podría disponer libremente de los derechos o bienes involucrados en ello, sin perder de vista las necesarias comunicaciones que corresponda respecto de las anotadas sobre bienes registrables, máxime frente a terceros.

Dicho en otros términos, toda medida cautelar en tanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia que pudiere recaer en el proceso, cesa ipso iure cuando el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alcanza la autoridad de cosa juzgada, si la pretensión principal es desestimada.

En este orden de ideas, pedida y otorgada la medida cautelar antes de iniciarse el proceso definitivo o en el curso de este perece, y así lo afirma la doctrina, que debe caducar con la sentencia definitiva que actúe el derecho, motivo de aquella. El aserto es verificable cuando se desestima la pretensión de quién

obtuvo el anticipo de la garantía y esta tenía por objeto asegurar la ejecución, de lo contrario no, o se extingue por haber cumplido su fin, o se transforma generalmente en una medida más enérgica.

### **1.2.3 Jurisdicción rogada.**

Dentro de los conceptos procedimentales esenciales se encuentra la acción, la jurisdicción y el proceso, a los que la doctrina considera fundamentales, si entendemos a la jurisdicción como la función pública que ejercen órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o las controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos; así como para, en su caso, ordenar la ejecución de dicha decisión o sentencia.

Estudiadas por la doctrina los diferentes tipos de jurisdicción, como son la voluntaria, en oposición a la contenciosa; la federal y la local, aunada a la concurrente y auxiliar; la forzosa y la prorrogable; la retenida y la delegada; y por último la ordinaria, especial y extraordinaria.

La pregunta es ¿donde cabe la jurisdicción rogada?, se dice, es rogada ya que el actor debe presentar la solicitud para que la autoridad trámite su petición, es decir, a petición de parte. Dicha característica es necesaria para la tramitación de la medida cautelar ya que sólo mediante la excitación del aparato jurisdiccional la parte solicitante podrá obtener la misma.

En contraposición a lo descrito, la autoridad no puede conceder la medida cautelar de oficio en materia contenciosa-administrativa, ya que existiría inequidad en su actuación, que si bien, es con fines de procedibilidad, la misma rompería con el principio de igualdad de las partes antes citado. Lo anterior es así, puesto que quién solicita la medida cautelar, tiene desde su perspectiva, una garantía del cumplimiento de la pretensión que el proclama, al momento de



dictar sentencia, resultando en consecuencia, que si el interés que desea sea satisfecho mediante la solicitud que se haga a través de los medios jurídicos que la ley le otorga para garantizarlo.

#### **1.2.4 Flexibilidad.**

Las medidas cautelares se caracterizan por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que su requirente podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple con su función de garantía, y el afectado, podrá sustituirla por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelares por otros del mismo valor, o la reducción del monto por el que aquella fue trabada.

El deudor puede solicitar también la desacumulación de algunas de las medidas decretadas cuando fueren varias, pues como pauta genérica, las medidas cautelares no deben causar perjuicio innecesarios, y siempre que el afectado garantice adecuadamente el derecho que se pretende asegurar, está legitimado para obtener su modificación en los términos expresados. Cabe decir que la sustitución de una medida cautelar surge a petición del deudor o del acreedor e incluso de oficio por el Juez, si con ello se garantiza la igualdad de los litigantes, y se evita, en síntesis, un innecesario daño al sujeto pasivo, y en cualquier oportunidad del proceso.

El Juez, en turno por aplicación de esa flexibilidad y para evitar perjuicios innecesarios al interesado, podrá disponer una medida distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se pretende proteger, si bien para algunos esta facultad sólo podría ejercerse cuando todavía no hubiese sido decretada o más bien notificada al afectado, pues, en ese caso, estaría a cargo de éste requerir la sustitución o limitación de la misma, criterio que compartimos pues el juez no puede ni debe, de ordinario, superar la voluntad de la parte o tercero afectado por aquella.

Estimamos que el pedido de ampliación, mejora ó sustitución de la medida por quién la obtuvo, no necesariamente deberá sustanciarse con la contraria, cuando de los antecedentes alegados y de una eventual comprobación, pudiese resultar que militan las mismas razones que autorizaron la adopción de la cautela inicial inaudita pars. La sustitución es la regla general en materia de medidas cautelares a los fines de prevenir posibles perjuicios, y siempre a condición de que se garantice efectivamente el derecho del acreedor, por lo que los nuevos bienes deben ser suficientes para responder al derecho asegurado y las costas, o lo que es lo mismo en tanto, naturalmente, de ello no se siga originando algún detrimento a la seguridad existente.

### **1.2.5 Autonomía.**

Como se mencionó Carnelutti, precisa dos procesos, uno definitivo y otro cautelar; el primero no depende de nada, existe por las pretensiones y excepciones de las partes; pero dentro de su desarrollo natural, concurren diversos supuestos, los cuales están supeditados a que haya un proceso definitivo, y que incluso tienen cierta dependencia.

Desde nuestra perspectiva, la medida cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia entre el bien, retenido en una y otra.

La pretensión cautelar es, en este contexto y valga la redundancia, siempre contenciosa por sí misma, mientras que, como se ha dicho antes, el objeto del proceso principal al cual sirve podrá estar constituido por una pretensión procesal o ya por una petición procesal o, lo que es lo mismo, podrá ser o tratarse de un proceso contencioso o extracontencioso.

Es más, las condiciones a que está subordinada la admisibilidad de la pretensión cautelar son propias y diríamos que características de este tipo de medidas, en el caso, una causa que no exige la demostración de la existencia de un derecho sino la comprobación de una *mera apariencia o verosimilitud* del mismo y del fundado temor de su frustración en el “ITER” del reconocimiento definitivo del mismo o de los presupuestos que autorizan a presumir la existencia de uno u otro recaudo.

Se aclara, la autonomía de la medida es en cuanto a su tramitación y efectos, ya que se desprende, procesalmente hablando, de la pretensión principal, porque en esta no se pretende que se resuelve en cuanto al fondo del asunto principal sino que solo se conserve la materia de dicha pretensión, lo cual se logra al otorgar la medida cautelar solicitada, la cual adquiere su autonomía al procura que esta se cumpla y no se vulnere por su inobservancia a la parte a quién se le otorgó, ya que se podría, al no acatarla, dañar de manera irreparable los derechos de ha quién el derecho le corresponde.

## **CAPÍTULO 2**

### **ASPECTOS PROCESALES DE LA MEDIDA CAUTELAR ACORDE CON LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

#### **2.1 Presupuestos procesales de las medidas cautelares.**

El proceso se integra con por lo menos, siete categorías a saber: la norma, el objeto, los sujetos, las situaciones procesales, los actos procesales, las estructuras procesales y las funciones procesales; que son el conjunto de actos con una finalidad procesal definitiva. Ningún acto tiene sentido sino como parte de una función.

En esas condiciones, se han generado dos conceptos para los actos intra o extraprocesales, y que de acuerdo a la figura que se analiza buscan el mismo fin, la conservación de los hechos en el momento en que lesionan un derecho subjetivo de un gobernado; en el primero de los casos se le denomina precautelar y en el segundo medidas cautelares.

Así para delimitar señalaremos que el concepto precautelar es aquello que sirve para prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un riesgo o peligro; es más amplio que la medida cautelar que se refiere a las medidas o reglas para prevenir las consecuencias de determinado fin o a prever lo que pueda dificultarlo. La clásica tutela cautelar no es el ropaje adecuado para los mandamientos constitucionales que anticipan los efectos de las sentencias a través de un juicio de probabilidades, que lleva a conocer al principio lo que debería ser admitido al final.

Entendemos que la tutela de anticipación y el proceso urgente, que exigen un perjuicio inminente e irreparable y que son medidas o reglas conforme al concepto clásico de la cautelar, son abarcadas por la función precautelar.

La función jurisdiccional precautelar se vale de distintos instrumentos: a) medidas cautelares tradicionales; b) medidas cautelares genéricas; c) medidas innovativas; d) procesos cautelares, e) tutela de la anticipación y f) procesos o resoluciones urgentes, así como cualquier nuevo instrumento que sea necesario crear sin preocuparnos a que familia pertenece, porque es mucho más sencillo considerarlo como un instrumento más a disposición de la función precautelar.<sup>12</sup>

En la medida cautelar, solo se observan los incisos a, b y c del párrafo anterior para su aplicación dentro del proceso; y sobre todo en el juicio contencioso administrativo, en el cual se centran las acciones que ejerce el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa dentro del proceso, que por competencia les corresponde conocer.

La anterior diferenciación que se ha realizado de las medidas cautelares y de las precautelares, es con el fin de que no se confunda los requisitos de procedibilidad que requieren una u otra figura, ya que como se señaló la primera se dará dentro del proceso, para garantizar que la resolución que pronuncie la autoridad competente sea efectiva y la otra es para prevenir que un daño el cual lógicamente se quiere repeler.

Entonces las medidas cautelares como toda figura jurídica necesitan forzosamente cumplir con ciertos requisitos para su procedibilidad que analizaremos a continuación.

Los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares, como en toda actuación ante un órgano jurisdiccional, son la interposición de la demanda ante autoridad que sea competente; que se realice a petición de parte o

---

<sup>12</sup> GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública, Ábaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 2002, pág. 41.

oficiosamente cuando proceda; lo que se a dado en llamar la oportunidad de la solicitud; así como la demostración de un grado más o menos variable de *verosimilitud del derecho invocado*, o el “humo del buen derecho” del Derecho Romano (*fumus bonis iuris*).

Asimismo se debe acreditar el peligro en la demora (*periculum in mora*) que puede aparejar el lento tránsito de la causa hacia la sentencia definitiva, pues mientras se produce la prueba terminante de aquél podrían desaparecer las cosas que interesan a la litis o producirse un daño irreversible a las personas comprometidas en la misma, y por último la garantía que el proceso contencioso donde se deben prever posibles daños al interés público, como un requisito *sine qua non* en el contencioso administrativo, claro está, con sus excepciones.

Ello es así por cuanto se aprecia que de la adopción de las medidas cautelares puede derivarse un perjuicio para el afectado, motivo por el cual la ley no admite que puedan decretárselas sino en tanto y en cuanto se verifique la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la mora (*periculum in mora*).<sup>13</sup>

Por eso desde el momento en que el proveimiento de las medidas cautelares se realiza, en líneas generales, sin previa audiencia de la parte afectada, se prevé por la ley, además de los ya vistos presupuestos de admisibilidad, uno de ejecutabilidad de las medidas cautelares, en la especie, el otorgamiento de una adecuada garantía

Es que, como enseña Podetti, “la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere una instrucción suficientemente extensa para formar la convicción del juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la

---

<sup>13</sup> BACRE, Aldo, Medidas Cautelares, La Rocca, Argentina, 2005, pág. 75.

asistencia o participación o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos del interés en litigio.”<sup>14</sup>

No obstante, respecto de medidas cautelares contra actos del poder público, amén de los requisitos genéricos mencionados, cabe agregar para juzgar su procedencia, y como se explica seguidamente, que aquellas no deben perjudicar el interés público o colectivo, en general, especialmente, cuando se trata de servicios públicos o fines que persiga el Estado, por lo tanto analicemos las presupuestos procesales de las medidas cautelares.

### **2.1.1 Competencia.**

Siendo la pretensión cautelar accesoria respecto de la pretensión principal, esto es, su característica, se debe necesariamente a la existencia de un juicio donde se pretende la nulidad de un acto de autoridad, pero cuando se pueda causar un daño irreparable o inminente, es porque se solicita.

Atendiendo a la teoría del derecho procesal, el Licenciado Ovalle Favela, nos señala que “la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado – y no solo a los jurisdiccionales – para indicar la esfera o el ámbito – espacial, material, personal, etc. – dentro del cual aquellos pueden ejercer válidamente las funciones que le son propias”<sup>15</sup>

Entonces, si el juzgador que conoce del juicio principal, designado de acuerdo al orden que lleva cada Tribunal, el cual se prevé para que exista imparcialidad por parte de aquellos y los litigantes no busquen a un juzgador a modo, le corresponde conocer de todo aquello que se desprenda de dicho juicio.

---

<sup>14</sup> PODETTI, Ramiro, Op. Cit. p. 115.

<sup>15</sup> OVALLE FAVELA, José, Op. Cit. pág. 107.

Al ser la pretensión cautelar como ya se dijo accesoria a la principal, deberá de conocer del asunto el Magistrado de la causa, en primer lugar porque el resolverá la litis planteada en cuanto al fondo, y en segundo lugar, por que con ello garantizaría que su resolución no fuera ficticia e imposible de ejecutar.

Se debe precisar que la medida cautelar debe ser dictada por quién resulte competente, pero en dado caso, que fuera dictada por quién no tenga competencia, la misma podría ser acatada siempre que no se trate de cuestiones de incompetencia por materia, del valor o del grado, pero no en cuanto a la competencia por razón del territorio y de las personas.

El fundamento de la competencia originaria que le impone el legislador se encuentra en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, que prevé que el Magistrado instructor podrá dictar las medidas cautelares que consideren necesarias, cuestión que le obliga resolver sobre dicha pretensión, lo anterior se encuentra preceptuado en el artículo 24 de la citada Ley.

Finalmente la competencia, para que la medida sea procedente, debe ser dictada por un órgano competente, quién anteriormente ya conoce del juicio en lo principal, y que accesoriamente participa de este sumario, con el fin de garantizar a su resolución eficacia jurídica; pero excepcionalmente dicha medida puede ser dictada por un órgano que parecería incompetente, ya que el no resolvería el fondo del asunto, el citado caso, es por cuestiones procesales orgánicamente estructuradas para su desarrollo y resolución, por ejemplo cuando la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ejerce la facultad de atracción.

### **2.1.2 A petición de parte u oficiosamente.**

En el artículo 24 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo se prevé la posibilidad de la oficiosidad al aplicar la medida, ya



que faculta al Magistrado a determinar la medida que considere pertinente al juicio que es de su conocimiento de igual manera le impone la obligación de aplicar aquella que mantenga la situación de hecho existente.

Entonces el Magistrado que conozca del asunto, podrá bien esperar a que exista petición de parte de la medida cautelar que el promovente le solicite o en su caso, el dictar aquella que considere aplicable al caso, con la obligación de fundar y motivar el porqué de esa situación.

Es sobresaliente cuando se realiza de manera oficiosa, ya que el Magistrado demostraría una gran probidad en sus asuntos, ya que en la práctica no se dicta ninguna que no sea a petición de parte, lo cual contraviene lo enunciado en el numeral en cita.

Esta actitud es la que vicia el actuar de los Magistrados y que las medidas no pueden prevenir, ya que el dictado del acuerdo donde se le conceda la provisional y en su caso la definitiva, se dicta por lo general con gran dilación por lo que los hechos expuestos no son los mismos que conoció al momento de la solicitud, ya sea porque la autoridad actuó o continuó un procedimiento, o bien porque el acto se consumió en sus efectos.

Si en la medida de sus posibilidades, él que conociere de un juicio viese el acto impugnado, el actuar de la autoridad y lo que la parte actuante solicita, con la facultad que le otorga el numeral en cita, podría pronunciarse acerca del asunto sin necesidad que existiere una petición de parte, excepto en los casos en que se podría causar un daño al interés público, por tener mayor peso, al verse inmiscuido un derecho general sobre uno particular.

La actualización de lo enunciado se realiza con el inicio del llamado procedimiento administrativo de ejecución o el procedimiento administrativo en materia aduanera, por autoridades que actúan en la recaudación de impuestos,

que de acuerdo al Código Fiscal de la Federación se reputan como contribuciones, las cuales sirven para el gasto social.

Por lo tanto, si bien el artículo 24 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, prevé que la medida cautelar será dictada por el magistrado instructor, para mantener el estado de las cosas como se le presentaron al momento de ingresar la demanda, es lo que sostenemos que se llama a petición de parte; y que en su segunda parte del párrafo le establece la obligación de dictar la medida que considere pertinente para ello, es lo que consideramos la obligación oficiosa, cuestión que como se mencionó no se realiza.

Analizando lo aquí expuesto, solo se aprecia la forma en que deberá proceder el órgano jurisdiccional para el otorgamiento de la medida cautelar, esto es, si es a solicitud de parte u oficiosamente; pero que sucede en cuanto al momento que se debe dictar, cuestión que analizaremos en el siguiente punto.

### **2.1.3 La oportunidad en la solicitud de la medida.**

El tiempo como factor del proceso, es algo que usualmente ha sido tomado en consideración por el legislador y que se encuentra consagrado en la Constitución, al señalar *“que la justicia se impartirá de manera pronta y expedita, en los términos o plazos establecidos para ello”*, al referirse a plazos o términos se refirieron al factor tiempo que la ley prevé dure en resolverse un asunto puesto a conocimiento de un Tribunal.

Pero que pasa actualmente, el factor tiempo se ha prorrogado de manera significativa, ya sea por el innumerable volumen de asuntos, por las diversas situaciones procesales, por los mismos actos procesales, y por supuesto, las resoluciones que se llegaren a tomar, en algunos casos de manera increíblemente incongruentes y en otras de manera sumamente deficientes, sin

dejar de decir que existen por otro lado algunas verdaderamente sobresalientes.

Es por ello que la oportunidad de la solicitud de la medida, es en el actual proceso, una determinante de procedibilidad e incluso de garantía de la resolución, lo anterior es debido a que si la medida es solicitada cuando el acto se ha consumido de manera irreparable no es dable reparar dicha actuación, sobre todo cuando no son sobre derechos reales; pero en caso de que aun se este en posibilidad de mantener el estado en que los hechos se encuentran, se podrá garantizar su efectiva restitución, ya que como se ha venido estudiando ese es el fin de esta figura, la garantía de efectividad de la resolución.

Asimismo la norma establece que el principio general de amplitud de oportunidad procesal, estando facultado al interesado para interponer la pretensión cautelar tanto con anterioridad o posterioridad a la iniciación del proceso principal como junto a éste a título accesorio.

Efectivamente si por una cuestión de que no existan hechos que causen un daño irreparable, la medida no es ni siquiera procedente, por lo que el solicitante de no solicitarla no le afectaría; pero sucede que cuando se tramita el juicio y por las actuaciones que realice la autoridad demandada en el transcurso del proceso, que como se verá hay ocasiones en que aún en juicio aquella sigue ejerciendo sus facultades, y es con dicho actuar lo que puede causarle un daño al gobernado, que en determinado momento podría ser irreparable, ya que la situación planteada en la litis se ha transformado o ha mutado o cambió; por lo que, ante tal situación, si considera que dicho cambio si le produce un daño irreparable o inminente, la podrá solicitar.

En conclusión la oportunidad de la solicitud, es en referencia en que momento la interpone el promovente ante la autoridad y que efectos va a tener, si son de

mantener, prevenir, o restituir la situación de hecho, cuestión esta última que a veces no se logra.

Entonces atendiendo a que cada proceso es distinto para cada gobernado, no será lo mismo a quién le inician un procedimiento, que aquel que no sabe de donde surge la resolución que le causa agravio o que aún tiene otros medios de defensa contra los actos que le están afectando, a diferencia de aquellos a quienes la autoridad ya les esta ejerciendo con base a una resolución en el ámbito de sus facultades un daño.

Por tanto, la medida deberá ser tramitada en el termino legal que para ello establece la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, esto es hasta antes de que se cierre la instrucción.

#### **2.1.4 Verosimilitud del derecho.**

Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren.

Sin embargo, la parte se encuentra dispensada de acreditar la verosimilitud del derecho cuando la ley sustancial o procesal no exige tal recaudo, cuestión que en el contencioso administrativo mexicano no es aplicable, aunque existen criterios jurisprudenciales que señalan que esta puede dispensarse.

Por lo tanto generalmente, cualquiera que sea la índole de la medida cautelar, su procedencia está supeditada a la existencia de una apariencia o verosimilitud del derecho que ampare las pretensiones del accionante, con sus excepciones, raras pero se pueden dar.

La ley, no exige a tales efectos una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, comúnmente afectado mediante un procedimiento sumario. Recordemos que con las medidas cautelares se pretende impedir que el resultado del proceso se vea fracturado por las contingencias que pueden acontecer durante el curso de la litis, lo que autoriza a sostener que es preferible el exceso en la concesión de las medidas cautelares que la parquedad en negarlas.

La verosimilitud del derecho no importa la definitiva viabilidad de la pretensión de quién requiere la cautela: basta que exista el derecho invocado. La naturaleza de la medida consiste precisamente en proteger un derecho verosímil hasta tanto se pueda adoptar un pronunciamiento definitivo, por lo que postergar la decisión para la sentencia importa tanto como denegarla lisa y llanamente.

La verosimilitud del derecho como presupuesto que condiciona la admisibilidad de una medida cautelar apunta a la posibilidad de que el derecho exista, a una credibilidad objetiva y seria que descarta una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o muy cuestionable. Esa posibilidad no equivale a la certeza en la existencia del derecho, que sólo se logrará al agotarse el trámite con el dictado de la sentencia.

Por lo tanto, las medidas cautelares, más que hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra. De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo en la sentencia, ni sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes bastando que a través de un estudio prudente – apropiado al estado del trámite- sea dado percibir un *fumus boni iuris* en el peticionario.

Se tiene que señalar que en la doctrina mexicana este tema ha sido debatido e incluso la mayoría de doctrinarios que han analizado las mediadas cautelares, no habían podido darle sustento jurídico a esta característica de las medidas cautelares, siendo el primero el doctor Fix Zamudio, Alfonso Noriega y sobre todo el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación magistrado Genaro David Góngora Pimentel, quien asumiendo su responsabilidad ante el foro, señala que es deseable que la característica analizada sea aplicada para el otorgamiento de la medida con efectos restitutorios.

### **2.1.5 Peligro en la demora.**

Otro requisito de procedibilidad, además de la verosimilitud del derecho, lo constituye el requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el *periculum in mora*.

Este peligro en la demora es, precisamente, el que justifica el interés jurídico del accionante, pues se trata de evitar que el pronunciamiento que reconozca su derecho llegue demasiado tarde y no pueda cumplirse el mandato judicial.

Así se ha dicho que es presupuesto de toda medida precautoria, además de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora. La primera debe entenderse como la posibilidad de que el derecho exista y el segundo como la posible frustración de los derechos del pretendiente que pueda darse como consecuencia del dictado de pronunciamientos inoficiosos o de imposible cumplimiento.

En el mismo sentido se ha acotado que uno de los requisitos generales que hace a la procedencia de las medidas cautelares es la insistencia del peligro de la demora, es decir, de un temor fundado en 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 sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida.

Se ha puesto de relieve, asimismo, que los requisitos de la verosimilitud del derecho invocado y del peligro de que se cause un daño grave e irreparable se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un modo extremo e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar.

Cabe agregar que a veces, la ley exige explícitamente la justificación del peligro en la demora, empleando literalmente esta expresión u otras de similar significado (por ejemplo, perjuicio inminente o irreparable, urgencia o circunstancias graves). El requisito del peligro en la demora, de la misma forma que el de verosimilitud del derecho, debe ser objeto de una simple comprobación a efectuarse conjuntamente y del mismo modo sumario aplicable a aquel extremo.

La viabilidad de las medidas cautelares se halla sujeta, por lo tanto, a la acreditación de la verosimilitud del derecho y al peligro de que se cause un daño grave e irreparable. El daño debe aparecer como inminente y responder a una necesidad efectiva y actual. Por lo que la acreditación de una disminución confiscatoria del patrimonio del peticionario que amenace su subsistencia, o el riesgo cierto de que la sentencia definitiva será de imposible cumplimiento, es requisito que condiciona su admisión.

#### **2.1.6 Prestación adecuada de garantía para el pago de daños y perjuicios.**

Desde que el proveído de las medidas cautelares, se realiza, en líneas generales, sin previa audiencia de la parte afectada, se prevé por la ley,

además de los ya vistos presupuestos de admisibilidad, uno de ejecutabilidad de las medidas cautelares, en la especie, el otorgamiento de una adecuada garantía, real o personal, por cuenta del solicitante, para responder de los daños y perjuicios que podría generar su traba en caso de haberla requerido excediéndose o abusándose de la misma, incluso por las costas generadas por su producción y que como tal es un recaudo previo a la ejecución de la medida cautelar dispuesta.

Entonces de acuerdo a los requisitos que venimos estudiando, la procedibilidad esta condicionada por una factor que se analiza en el presente apartado y que a tomado un valor sin igual en el derecho procesal contencioso.

Así la medida cautelar sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quién deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

El magistrado graduara la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Es claro que desde que la garantía no se presta a las resultas del juicio sino de la medida cautelar, aquella se debe limitar a los daños y perjuicios.

Aquí veremos qué para que la garantía se considere efectiva, debe de pasar por un doble análisis, el cual nosotros consideramos de la siguiente manera.

El primero, que la garantía no se presta a las resultas del juicio, sino de la medida cautelar, por lo que debe limitarse a garantizar el pago de los gastos judiciales que con motivo de ella deba afrontar la parte afectada y a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ésta pudieran emerger.



En el mismo sentido se ha apuntado que la cuantía de la garantía debe ser fijada en atención al importe de los perjuicios posibles que pudiera ocasionar la medida cautelar; para el caso de haber sido solicitada sin derecho.

El segundo, que es el órgano jurisdiccional a quién incumbe evaluar todas las circunstancias del asunto presente para disponer la garantía que mejor se ajuste a los valores en juego.

El juez puede, por lo tanto, exigir caución real consistente, por ejemplo, en depósito, embargo de bienes, al otorgamiento de fianza, etc.

Cabe precisar, que si bien es una exigencia la caución para que surta efectos la medida, se puede exceptuar de tal requisito, en casos excepcionales que se establecen en los diversos procesos, pero para citar alguno se menciona por ejemplo cuando se solicita la medida en contra de una resolución en donde se ha determinado un crédito fiscal y el actor solicita una devolución por pago de lo indebido, sustentado en un artículo que ha sido declarado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como inconstitucional, la razón sería que si lo que se pide son la devoluciones realizadas por un contribuyente de un artículo que prevé el cobro de una contribución en lo particular, el dinero que solicita en devolución puede ser garantía del juicio, además que se presume obtendrá sentencia favorable para evitar continuar con el pago de la contribución establecida en dicho artículo, de acuerdo a los criterios que la misma Corte ha sustentado.

Otro ejemplo sería cuando el demandante es un órgano perteneciente al mismo gobierno, por ejemplo la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, la Comisión Federal de Electricidad, la Comisión Nacional del Agua, etc., al tener el beneficio de la Ley al pertenecer al mismo Estado y se considera que tiene el respaldo de este.

Así tenemos que a mayor verosimilitud del derecho para el proveído de la medida cautelar, menor habrá de ser la cantidad de la caución que se requiera, del mismo modo que mayor habrá de ser ella, cuando mas grave sea la medida que se proponga.

Como regla general, podría decirse que la garantía habrá de ser real, pues el equilibrio de la Justicia exige que mientras menos recaudos se requieran, más severo sea el criterio para apreciar la cuantía de la garantía, pues ésta no solo procura garantizar el efectivo resarcimiento de los daños que cause la medida cautelar sino, también, su rápida y expedita percepción, requisito que no halla adecuada garantía en la caución personal.

Existe actualmente la posibilidad en el contencioso administrativo para que el gobernado solicite el embargo en vía administrativa, pero resulta que la autoridad debido a un número creciente de contribuyentes que solicitan este tipo de garantía y quienes se nombran depositarios de la empresa, con fundamento en la misma Ley, y que una vez que saben que la autoridad no los observa, desaparecen, dejando sus juicios subjudice ante la certeza de que perderán, siendo dañado el Estado quien sin forma de percibir las contribuciones a que tiene derecho; razón por la cual la autoridad en determinado momento no esta aceptando este tipo de garantía, cuestión que deberá ser regulada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al resolver las solicitudes de las medidas cautelares.

Por otra parte, a partir de la provisionalidad y flexibilidad propia de las medidas cautelares, la ley autoriza a la autoridad demandada, afectada por estas a pedir la mejora de la garantía, probando sumariamente que ella es insuficiente, sea en su expresión cuantitativa, para lo cual el magistrado resolverá sobre dicha pretensión acorde a las pruebas que le hayan aportado las partes y con base en sus argumentos que indiquen el porqué de dicha solicitud.

En conclusión, la medida cautelar surtirá sus efectos desde el momento en que se garantice el interés, cuando de ello dependa, o en su caso a los lineamientos que en las mismas señale el magistrado; pero generalmente iniciará su vigencia una vez que sea dictada por el magistrado y no hasta que se le notifique a la parte que la solicitó, quién desde ese momento recibirá la protección de la ley, en tanto no se resuelve el fondo del asunto o se modifique la situación que prevaleció para su dictado.

Asimismo si fue dictada y no se garantiza dentro del término de cinco días la medida la misma quedará sin efectos, sin necesidad de pronunciamiento alguno por parte del Tribunal.

### **2.1.7 Protección del ordenamiento jurídico.**

En esta parte del proceso, cuando se ha dictado la medida cautelar, de acuerdo a lo singular de cada caso, la pregunta sería si con ello se garantizó la efectividad de la sentencia, que sucedería si las situaciones que pretende mantener se modifican o por la dilatación del tiempo en que se tardó dictar la medida cautelar existe un daño aún no irreparable pero si inminente.

El ordenamiento jurídico, realiza la defensa del gobernado, para evitar que ello le perjudique, por ello, obliga a dictar la medida aplicable, esto es la medida cautelar se puede determinar en dos momentos.

Efectivamente, el primero se puede dar en el dictado del acuerdo admisorio, cuando el ordenamiento jurídico faculta a dictarla dentro de éste cuando haya sido solicitada junto al escrito inicial de demanda; el otro se puede dar una vez iniciado el proceso, por un escrito independiente del principal, pero justificando su solicitud.

Es al dictarse, en cualquiera de los dos momentos, cuando la protección del ordenamiento jurídico surte efectos, ya que la medida cautelar dictada deberá ser acatada por la autoridad demandada, constriñéndola a detener su actuar en tanto no se resuelva la misma en definitiva y el asunto en cuanto el fondo, con la posibilidad de que en determinado momento se le pueda sancionar al servidor público que en funciones y en representación de aquella, continué su actuar en contra de quien se protegió con dicha medida.

Así el ordenamiento jurídico protege al promotor de la medida, en el entendido que se ha cumplido con los requisitos de procedibilidad, pero en caso de que se dictare sin haberse garantizado el interés fiscal o el derecho que se pidió, obligando al promovente a comprobar que un término reducido, y esté no ha cumplido con ello, la autoridad tiene la protección del ordenamiento jurídico a su favor, para continuar su actuar sin que ello le cause alguna responsabilidad legal.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico primordialmente protegerá al gobernado, obligándolo a que cumpla con los requisitos que para su dictado de la medida se requiera; y excepcionalmente protegerá a la autoridad en caso que aquel no cumpla con dichos requisitos.

### **2.1.8 Garantía de eficacia de la actividad jurisdiccional.**

Como es sabido el anteriormente denominado Tribunal Fiscal de la Federación, que por decreto de 31 de diciembre de 2000, se denomina actualmente como Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tuvo y mantiene respeto del foro jurídico en cuanto a sus determinaciones que emite, siendo que desde la fecha del decreto anteriormente citado se le otorgo competencia para conocer de la materia administrativa.

Por ello se ha modificado su Ley Orgánica para que en aras de su ámbito de competencia garantice su actividad jurisdiccional.

Las medidas cautelares, como se ha observado en el desarrollo del presente capítulo, son una herramienta más de dicho Tribunal, para que sus resoluciones se vuelvan efectivas y eficaces.

El factor tiempo que señalamos en párrafos anteriores, se puede ver someramente no perjudicial, ya que mediante la institución jurídica en estudio, le garantiza su efectividad, aún con el transcurso del tiempo.

Dicha garantía se encuentra reforzada para la limitación en el actuar de la autoridad al haberse otorgado al particular que le garantiza la efectividad de la resolución que declare la legalidad o ilegalidad del acto que se impugna.

En consecuencia, la garantía en la eficacia de otorgamiento o no de la medida es lo que mantendrá a los asuntos que se desarrollen en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con vigencia para que con ello se cumpla con lo establecido en la Constitución, la impartición de justicia bajo la tutela judicial efectiva.

## **2.2 Criterio de admisión por el juzgador.**

Como se ha venido señalando el criterio para la admisión de la medida cautelar por el Juzgador, debería estar condicionado a que se cumplan con los requisitos que se han desarrollado anteriormente y que son primordialmente garantizar la eficacia de la sentencia que en determinado momento deberán emitir. Pero en la mayoría de los casos, que se exponen ante el Magistrado se pide que se cumpla con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, para la suspensión del acto impugnado, el que por cierto, pide más requisitos de los que se solicitan para la suspensión en amparo.

Entonces, tenemos que el criterio para la admisión de la medida, pueden ser divididos en formales y procedimentales, siendo los primeros los que se estudiaron en este apartado, ya que los segundos, los vimos, en el apartado denominado presupuestos procesales de las medidas cautelares.<sup>16</sup>

En cuanto a la forma de la medida cautelar, prevalece el criterio de que la misma se debe presentar por escrito, ya sea por separado al escrito inicial e incluso de manera integra al mismo, siempre que se haga la diferenciación dentro de dicho escrito.

De acuerdo a lo que establece la Ley se deberá señalar el nombre y domicilio para oír y recibir notificaciones, lo anterior para respetar su derecho a que los actos procesales que emanen de la medida sean del conocimiento del promovente, ya que en caso de no tener donde localizarlo se realizarían las notificaciones por listas, lo cual en determinado momento puede serle perjudicial en caso de que se le negare la medida solicitada.

---

<sup>16</sup> Vid pág 23 de este trabajo.

De igual manera se deberá expresar la resolución que se pretende impugnar y fecha de notificación, esta parte es fundamental para el magistrado que decreta o niegue la medida; el primero de los requisitos es para comprobar que realmente se tiene la competencia para tal actuación, ya que como se menciono anteriormente, el juzgador que conoce del asunto principal así como de las subsecuentes actuaciones que realice la autoridad, tiene dicha competencia para decretar la medida necesaria para mantener las cosas en el estado en que se le presentaron y no por la mutación o cambio que pudiera sufrir con el actuar de la autoridad en el ámbito de sus competencias.

Por otro lado, el segundo de los requisitos es para comprobar que el acto no ha sido consentido y que aún se está en tiempo para impugnarlo; entendiéndose por aquello, que el promovente no haya interpuesto un medio de defensa estipulado en la Ley o Código que lo rige contra del acto que le causa un daño; o que en su caso sea un acto que es consecuencia de lo que se esta impugnado en el principal.

Pero que pasa si no se indica la fecha de notificación del acto que se pretende sea inejecutable para la autoridad, esto es, teniendo la fecha de notificación una gran trascendencia, como se mencionó en el párrafo anterior; en caso de que no se pueda apreciar a simple vista tal dato o no se desprenda de las documentales, que actividad puede realizar el Magistrado; la Ley no prevé tal situación; pero a nuestra consideración, se podrá realizar cualquiera de las siguientes actuaciones, la primera es que el Magistrado requiera al promovente para que en el término de tres días subsane la omisión; éste término es el otorgado a la autoridad para que desahogue al vista de la medida, razón por la cual creemos que se puede ocupar dicho término como genérico para el promovente a fin de cumplir los requisitos de procedibilidad.

Generalmente no se observa tal requisito ya que de acuerdo a la praxis jurídica los litigantes, consideran que al señalar en su escrito principal la fecha de

notificación del acto impugnado, presumen que con ello cumplen con los requisitos de la medida al remitir al juzgador, a tales datos establecidos en la parte correspondiente de la demanda. Cuestión que a nuestro parecer no debería ser así, ya que normalmente la resolución que se pretende, sea declarada su nulidad, no es en sí una actividad de la autoridad que se pretende inhibir, sino que es la actividad que podría realizar la autoridad, sustentando su actuar en aquella la que se pretende inhibir.

En un segundo caso el Magistrado podrá requerir en el término de tres días a la autoridad se exprese de la medida cautelar, siendo este el momento procesal oportuno para que la autoridad señale si el acto cumple con los requisitos de la medida o en su caso ha sido consentido e incluso que el mismo es un acto consumado o consentido en su caso.

Otro requisito para la medida son los hechos que se pretenden resguardar con dicha medida, hechos que se han planteado en el escrito inicial, esto demuestra nuevamente la accesoriedad de la medida, ya que el promovente de la medida deberá señalar los hechos que consideren pueden ser dañados si no se otorgara la medida, que es parte de lo que se pretenda sea salvaguardado.

De igual manera se pide la expresión de los motivos por los cuales solicita la medida, esto es que se justifique tal solicitud, y que a consideración nuestra se puede considerar como la motivación de la medida al promovente, he aquí alguno de los supuestos cuestionables de las medidas, ya que por lo general el promovente no debe de fundar y motivar su actuación, está es una obligación de las autoridades y no para el gobernado, solo se apunta lo anterior, sin querer hacer de ello un debate pero si una observación.

Asimismo se deberá acreditar la personalidad del promovente de la medida; aunque el artículo mencione que *se debe acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida cautelar*, ello se entiende como una



contravención a lo que la misma Ley señala en un diverso artículo que menciona que *ante el Tribunal no procederá la gestión de negocios*, por lo que consideramos que sería mejor que se refiriera a la personería.

Además deberá anexar los tantos necesarios para correr traslado a cada una de las partes, y que en caso de no cumplirse con los requisitos citados, se tendrá por no interpuesto el incidente; el cual podrá ser formulado mediante nuevo escrito o en su caso recurrido mediante reclamación ante la misma Sala.

Así finalmente podemos concluir que los criterios de admisibilidad de la medida son legalmente de forma y procedimentales, que generalmente será admitida la medida teniéndose como no interpuesto el incidente, en caso de no cumplir con los requisitos de forma, de lo cual estamos en desacuerdo, ya que el fin que persigue la misma es darle tiempo a la Sala del conocimiento para resolver en definitiva. Asimismo los requisitos procedimentales deben acatarse, siendo la negación de la medida su sanción.

Entonces podríamos decir que predomina un criterio amplio para el acogimiento de las medidas cautelares, dado que, se advierte la presencia de una predisposición publicista en la observancia de los mandatos judiciales, siendo preferible, además, en caso de duda, pecar por exceso en acordar la medida que la parquedad en negarla, aunque exigiéndole mayores requisitos para una adecuada garantía graduada sobre la base de la mayor o menor verosimilitud del derecho reclamado, para proteger, a su vez, el derecho de la parte que será afectada por las mismas, esto es: la autoridad.

### **2.2.1 Poder cautelar general y discrecional.**

El poder cautelar es amplio e influyente, ya que posibilita, a quién hace uso de la figura jurídica, puede darse un tiempo más amplio del normal para que su

resolución sea acorde con la litis planteada, ¿pero dicho poder cautelar hasta donde puede llegar?, ese punto lo trataremos en este apartado.

La generalidad, es de suyo algo amplio y es contrario a la particular, basado en ello, el poder cautelar general se refiere a aquellas medidas que se decreten con un efecto que abarque una generalidad de supuestos y que se aplicará igualmente a un grupo ilimitado de sujetos, la medida por tanto será la que en sus efectos prevea situaciones generalmente impugnadas.

Por otro lado se encuentra la discrecionalidad que se entiende como la adopción de ciertas medidas cautelares teniendo en cuenta, por un lado, la naturaleza del acto, la persona o los intereses que podrán verse afectados por aquellas, y por otro, la gravedad, intensidad o irreversibilidad de los efectos que la cautela es susceptible de producir.

En consonancia con el principio valorativo antes indicado, se menciona que el poder cautelar general al que se considera como la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas cautelares que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios. Estamos en presencia de una norma casi en blanco. Este vastísimo poder tiene naturaleza discrecional.

Sin embargo, discrecionalidad no es arbitrariedad, es solamente libertad de elección o de determinación, dentro de los límites de la ley; esta facultad corresponde con la inevitable existencia de lagunas dentro del orden jurídico, porque la ley, por su necesaria abstracción y generalidad, se ve a menudo imposibilitada para determinar reglas de conducta para las peculiaridades infinitas de los casos concretos.

Aquí el Juez debe ser verdaderamente juez, y la metodología a emplear no puede reducirse al viejo silogismo (premisa mayor: la ley; premisa menor: las circunstancias de hecho; conclusión: la decisión); por el contrario tratará de

hacer posible la adaptación del derecho al problema concreto. Debe valorar independientemente, porque el legislador se ha confesado impotente para prever todas las facetas de la realidad.

El poder cautelar general resulta ser, entonces, una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa y apreciar los elementos que obran en la misma, sin estar sujeto a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender. No es, como ya se dijo una discrecionalidad arbitraria sino una discrecionalidad técnica.

Hay que señalar que cuando una ley dice el juez puede o podrá, se entiende que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio a la justicia. En esencia se trata de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia.

En el caso del contencioso mexicano, se deberá estar a la segunda de las medidas que se estudian, esto porque dada la presunción de legitimidad de que gozan los actos de la Administración Pública del Poder Ejecutivo, se entiende que corresponde juzgar con criterio discrecional las medidas cautelares solicitadas en contra de ellos, lo anterior debido a que se puede encontrar en juego el interés público, por lo cual impone una especial prudencia en la apreciación de los hechos que demuestren la viabilidad de la medida precautoria, salvo comprobación de su manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad.

Así la discrecionalidad será la base para el Magistrado, quién en el ámbito de sus competencias deberá determinar, tomando en consideración todos los elementos que tenga a su alcance para detectar o negar la medida solicitada, así como sus efectos de aquella.

### **2.3 La caducidad de la medida cautelar.**

Como regla, la medida cautelar se extinguirá en cuanto se declare la nulidad o validez del acto impugnado.

Entendemos que las medidas cautelares son accesorias al juicio principal y que una vez que este se resuelve, aquellas dejan de tener vigencia, pero eso en cuanto a la declaración del Órgano que emite la sentencia que conoció de las pretensiones de las partes.

Por lo general se apreciarían dos circunstancias, una cuando sea declarada la validez del acto de autoridad a la autoridad y que se le notifique tal situación, de inmediato podrán reiniciar, continuar o ejecutar su acto, en este caso la medida determinada por la Sala, ya dejaría de tener sus efectos, por que el fondo del asunto ha sido resuelto.

En el otro caso, se declara la nulidad del acto impugnado, notificando esta situación al particular, quién reclamará de la autoridad acatar lo sentenciado por una autoridad competente, pero en este caso, la autoridad no cumple de inmediato sino que espera un descuido para poder ejercer una nueva acción en contra del particular, en este caso, en nuestra consideración la medida también ya ha caducado, por el hecho que se ha emitido la sentencia de fondo.

A nuestra consideración la caducidad de la medida es aplicable, en el derecho mexicano, únicamente en cuanto a vigencia de la medida cautelar, que como ya se dijo al ser accesorio solo durará hasta en tanto se dicte la que resuelva el fondo del asunto.

## **CAPÍTULO 3**

### **REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

#### **3.1 Requisitos de procedencia de la medida cautelar en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.**

En el presente apartado analizaremos de los requisitos que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo preceptúa para la procedencia de las medidas cautelares.

##### **3.1.1 Reglas comunes.**

Entendemos por reglas comunes aquellos procedimientos establecidos en la Ley o el Código para la aplicación de una normatividad, en el caso concreto, nos referiremos al procedimiento a realizar ante la presentación de la solicitud de la medida cautelar, tanto del particular que la solicita, así como el desarrollo que la Sala debe darle e incluso la actuación de la autoridad demandada.

Primeramente, se puntualiza que la medida se podrá solicitar en el mismo escrito de la demanda o por medio de un escrito adjunto a la misma e incluso en tiempo posterior a la presentación de la demanda.

A nuestra consideración el escrito de solicitud de la medida cautelar debería presentarse, para el caso de que se solicite de manera adjunta al escrito de ingreso de la demanda, por separado; lo anterior, porque la ley impone la obligación de formar una carpeta de la medida a la Sala del conocimiento, la cual deberá de contener el escrito de la solicitud así como los acuerdos y la misma resolución que le recaiga a la medida en comento.

En ese tenor, se deberá presentar por escrito, solicitando la medida cautelar se pretenda obtener, en esta parte el promovente deberá señalar alguna de las que considere aplicable al asunto que esta defendiendo, no existiendo limitante en cuanto al número de medidas cautelares ha solicitar, siempre y cuando sean efectivas, unas u otras; y no se contrapongan en cuanto a lo que se pretende resguardar; aunque generalmente solo se le otorgará una medida.

Pero puede ocurrir que tal medida no sea eficaz ante la mutación o cambio que pueda sufrir un acto de autoridad, por el tiempo transcurrido al dictarse dicha medida, por lo que se podrán dictar aquellas necesarias para la conservación de la materia del juicio principal.

En ese orden de ideas, el dictado de la medida podrá emitirse en el acuerdo admisorio de demanda, siendo las Salas, el Pleno o la Sección quienes decretan e integran el acuerdo por separado en su carpeta incidental, asimismo deberá ordenar notificar a quién se le impute el acto administrativo los hechos objeto de la controversia, para que rinda su informe.

Se le otorgará el término de tres días a la autoridad para que se manifieste o rinda el informe acerca de la medida cautelar solicitada; la autoridad se deberá referir a todos los hechos, en caso de no referirse a todos o es omiso se tendrán como ciertos dichos hechos, debiendo la Sala emitir sentencia interlocutoria en definitiva dentro de los cinco días de las manifestaciones que realice la autoridad, decretando la medida solicitada o negándola, e incluso decida sobre la admisión de la garantía ofrecida, la cual se debe acreditar en el término de tres días, la cual en caso de no acatarse se quedara sin efectos sin necesidad de declaración por parte de dicha Sala del conocimiento.

Se observará lo sumario que puede ser la tramitación de la medida cautelar por los tiempos que dispone la Ley, que no siempre en la práctica se lleva en tales términos, siendo factible para el promovente de la medida, en caso de existir

una actividad por parte de la autoridad administrativa, mostrar el escrito de la medida con el sello de la fecha en que se interpuso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pretendiendo que no se realice ninguna otra actividad por parte de la autoridad, lo cual obviamente no es posible, ya que no existe mandamiento escrito de autoridad competente que le impida ese actuar.

En esas condiciones lo que el promovente debe realizar es requerir a la Sala del conocimiento del juicio se declare sobre la procedencia de la medida cautelar, para que con ello se mantengan las cosas en el estado que se presentaron a juicio y no le cause un daño irreparable.

Se precisa para la procedencia de la medida cautelar solicitada, se deberá otorgar garantía suficiente para los probables daños y perjuicios que produjera o para garantizar el crédito fiscal, la cual se deberá ofrecer a la autoridad demandada, quién podrá aceptarla, o en su caso, pedir se mejore o incluso rechazarla, cuestiones todas que el Tribunal puede juzgar y en su caso referirse a dicha garantía.

Por último, se apunta que la Sala que hubiere conocido del incidente, mientras no dicte sentencia definitiva, podrá modificar o revocar la resolución que haya decretado o negado las medidas cautelares, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

Por otro lado, si la demandada u obligado a acatar las medidas cautelares no da cumplimiento a éstas o la autoridad no admite la garantía, la Sala declarará, en su caso, la nulidad de las actuaciones realizadas con violación a dichas medidas e impondrá al renuente una multa por el monto equivalente de 30 días a 90 días del salario mínimo general del área geográfica correspondiente al Distrito Federal, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento, el sueldo del servidor público de que se trate, su nivel jerárquico, así como las

consecuencias que el no acatamiento de la suspensión hubiere ocasionado cuando el afectado lo señale.

En este caso, el solicitante tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, la que, en su caso, correrá a cargo de la unidad administrativa en la que preste sus servicios el servidor público

### **3.1.2 Requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro de daño grave e irreparable por la demora.**

La apariencia o verosimilitud del buen derecho o *fumus boni iuris* está referida al criterio que el órgano jurisdiccional debe formarse para conceder o denegar una medida cautelar. Como éste principio es prácticamente ajeno a la tradición jurídica mexicana, trataremos a continuación con cierta amplitud su exposición.

Se entiende que dado el carácter sumario con el que normalmente se adopta la medida, se ha considerado que no es necesario que quién solicite la tutela cautelar acredite plenamente en ese momento su derecho sino que es suficiente un principio de prueba para que el juez o tribunal se forme un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la viabilidad de la pretensión del recurrente, que le sirva de base para acordar la medida, claro está, sin dejar de considerar los demás presupuestos que la ley le impone para tal efecto.

La apariencia o verosimilitud del buen derecho, se basa precisamente en una apariencia, es decir, no en la certeza del derecho o la preexistencia de un título ejecutivo, tal y como ya se señaló.

Por lo que en atención a que la medida cautelar supone una injerencia en la esfera jurídica del demandado, la misma no debe adoptarse sin que el solicitante de la medida acredite la realidad de su derecho, lo cual, en el otro extremo, se traduce en que no se pueda pedir a quien la solicita una prueba



plena; de ese modo, el ordenamiento tiende a exigir al solicitante de una medida cautelar que acredite indiciariamente el fundamento de la situación jurídica cautelable, por medio de una prueba semiplena que permita al juez fundarse en la apariencia.

La medida cautelar se limita, como se ha destacado, a un juicio de probabilidad, es decir, un juicio razonable; a fin de que la parte que inste la adopción de una medida cautelar obtenga de dicho juicio la razón, será preciso que aporte justificantes, que en el caso podrán ser documentales, aunque en defecto de éstas es posible que lo obtenga por otros medios, como por ejemplo de la aceptación que realice la autoridad demandada, o en su caso de la instrumental de actuaciones cuando la autoridad acompañe el embargo realizado con el fin de garantizar el crédito fiscal.

Aquí se puede decir que los órganos jurisdiccionales pueden adoptar una resolución provisional que afecte la esfera jurídica del demandado, sin que en el momento de su adopción cuente con pruebas que acrediten plenamente que se tiene derecho, o en su defecto, que tal derecho ha sido trasgredido; no es una novedad en el ordenamiento jurídico, por ejemplo piénsese en el auto de prisión preventiva, en que la responsabilidad penal del indiciado aún no se encuentra plenamente acreditada, sin embargo, ya se está actuando sobre su derecho a la libertad personal.

La apariencia o verosimilitud del derecho ofrece una gran ventaja en el contencioso administrativo (o en el proceso de amparo) pues, por una parte, evita pretensiones temerarias de un recurrente habilidoso o carente de fundamento (prima facie) suspendan los efectos para la comunidad de un acto o disposición general de la administración, por la otra impide que una actuación u omisión administrativa o disposición reglamentaria que tiene la presunción o apariencia de ilegalidad, produzca efectos durante todo el transcurso del proceso, con los perjuicios que para el recurrente representan.

La Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en su artículo 24 contiene que la medida cautelar solicitada se podrá ordenar cuando el Magistrado considere que los daños que se le puedan causar sean inminentes, e incluso señala la posibilidad que el daño sea irreparable, lo cual lo enuncia de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 24.-** *Una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, pueden decretarse todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.*

*I. El escrito en donde se soliciten las medidas cautelares señaladas, deberá contener los siguientes requisitos:*

*a) Nombre y domicilio para oír notificaciones en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando el solicitante tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la Sala Regional competente, en cuyo caso, el domicilio señalado para tal efecto deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la Sala competente.*

*b) Resolución que se pretende impugnar y fecha de notificación de la misma.*

*c) Los hechos que se pretenden resguardar con la medida cautelar, y*

*d) Expresión de los motivos por los cuales solicita la medida cautelar que se solicita.*

*II. Con el escrito de solicitud de medidas cautelares, se anexarán los siguientes comentarios:*

*a) El que pida la medida cautelar deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida que solicita, y*

*b) Una copia del escrito mencionado por cada una de las partes que vayan a participar en el juicio, para correrles traslado.*

*En caso de no cumplir con los requisitos de las fracciones I y II, se tendrá por no interpuesto el incidente.*

***El Magistrado Instructor podrá ordenar una medida cautelar, cuando considere que los daños que puedan causarse sean inminentes. En los casos en que se pueda causar una afectación patrimonial, el Magistrado Instructor exigirá una garantía para responder de los daños y perjuicios que se causen con la medida cautelar.***

*En los demás casos que conozca la Sala Regional, ésta podrá dictar las medidas cautelares cuando las pida el actor pero deberá motivar cuidadosamente las medidas adoptadas; para ello, el particular justificará en su petición las razones por las cuales las medidas son indispensables.*

Estos requisitos que prevé la legislación a estudio, y que en su interpretación nos habla de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Es evidente el tiempo que tarda el pronunciarse la sentencia definitiva, desde el inicio del proceso hasta su culminación constituye en sí mismo un peligro. El periculum in mora forma la base de las medidas cautelares, pues el interés en su adopción de dichas medidas cautelares se origina por el temor que produzca un daño jurídico durante la pendencia del proceso, ya sea por la temida desaparición de los medios aptos o bienes que podrían ser objeto en su tiempo del incumplimiento de la resolución definitiva, o bien por el temor en se

produzcan daños o perjuicios irreparables por la prolongación del estado de insatisfacción del derecho.

Señala Calamendrei<sup>17</sup> que en el *periculum in mora* como presupuesto de las medidas cautelares operan dos tipos de riesgos que pueden amenazar a la sentencia principal y que dan lugar al establecimiento de tipos distintos de medidas cautelares el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza de la resolución principal.

Así se pueden distinguir en un primer término aquellas medidas cautelares que tratan de suministrar anticipadamente los medios idóneos para que la ejecución forzosa del derecho se produzca, en condiciones prácticamente más favorables, serán las llamadas conservativas.

De aquellas otras que en el segundo caso, que tratan de acelerar provisionalmente la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido en este segundo caso, no por la temida desaparición de los medios necesarios para la resolución principal sobre el fondo, sino precisamente por la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el proceso principal, motivo por el cual se les denomina innovativas.

En este caso, la medida cautelar recae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello una declaración interna del fondo destinada a durar hasta el momento en que sea sustituida por la sentencia definitiva.

Por lo tanto, el peligro de infructuosidad que señala Calamendrei, así como el peligro de tardanza de la resolución, ha sido traducido en la doctrina nacional como un daño inminente o en su caso irreparable, respectivamente.

---

<sup>17</sup> CALAMENDREI, Piero, Op. Cit., pág. 71-73.

El artículo 26 de la Ley citada, dispone que podrá decretarse medidas cautelares positivas, entre otros casos, cuando, tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo, donde encuadran las medidas innovativas.

En México el temor del daño jurídico o periculum in mora como presupuesto para adoptar una medida cautelar se encuentra previsto en el ordenamiento legal que se estudia.

Como se podrá apreciar el transcurso del tiempo a que hicimos referencia se tiene contemplado, en la Ley multicitada, por lo que consideramos que los requisitos en estudio se encuentran contemplados en la misma. Efectivamente se sostiene que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, por un daño inminente e incluso en cierto momento grave e irreparable, en cuanto a la demora en resolver, que se mencionaron en el apartado de requisitos de procedibilidad los contempla la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

### **3.1.2.1 Examen de certeza sobre la verosimilitud.**

Este examen lo deberá realizar el Magistrado que conoce del asunto, quién se encargará que a “ojo de buen cubero” y sin entrar al fondo del asunto, pueda apreciar ese derecho, aunque sea como ya se mencionó, sólo a manera de apariencia de humo, sin que sea necesario que lo constate en ese momento, sino que solo presuma que existe, siendo irrelevante que más adelante se compruebe que no existió, basados en lo que se ha venido mencionado, que mas vale que sobre y no que falte en el actuar de dicho órgano.

Se apunta que este *fumus boni juris* es algo que la doctrina mexicana a rechazado por que considera que es prejuzgar el fondo del asunto, lo cual es inapropiado, por lo que no le dan demasiado valor a dicha presunción sino más bien busca que se acredite el daño irreparable o inminente que sufrirá con el actuar de la autoridad, lo cual es una frustración de las pretensiones de quien tiene la razón.

El examen de certeza sobre la apariencia o verisimilitud de buen derecho y el peligro en la demora, señalan el interés jurídico del peticionario, constituye la razón de ser de estas medidas. En las obligaciones de dar sumas de dinero, el peligro esta en la eventual insolvencia en que se pueda caer el deudor; en la pretensión de condena a dar una cosa, el temor será que el demandado disponga o no de la misma. El peligro puede derivar de la misma cosa a cautelar, cuya guarda o conservación se requiere para asegurar el resultado de la sentencia definitiva, también puede derivar de la actitud de la parte contraria a quien solicita la medida.

Es por ello que ante el peligro, el examen de certeza que realice el Magistrado que conozca del asunto, será trascendental para el otorgamiento o negación de la medida. Si como mencionamos el “humo” del derecho es solo una apariencia de que hay algo, es un grado de mayor o menor credibilidad, la cual acrecentará o disminuirá la garantía que deberá ofrecer la parte a quién se le otorgue; cuestión que la mayoría de los juzgadores no comprende o no desea aplicar al no tener el suficiente tiempo para ello. Dicha certeza sobre la verosimilitud del acto se encuentra, en el contencioso mexicano, acompañada de la garantía que deberá ofrecer la parte solicitante para su obtención.

### **3.1.3 Garantía de daños y perjuicios.**

De acuerdo a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo se podrá garantizar el otorgamiento de la medida cuando sea posible causar daños

a terceros e incluso el mismo Magistrado podrá dictar la garantía que considere aplicable al caso en concreto.

En este punto no señala los tipos de garantías que se pueden ofrecer, pero acorde con la praxis jurídica el Código Fiscal de la Federación en su artículo 141, se encuentra la forma de garantizar el pago de daños y perjuicios, en materia fiscal, las cuales por lo general es para los demás casos en materia administrativa.

Esta garantía no siempre obliga al Magistrado a dictar la medida cautelar solicitada, ya que en caso de que la demandada o el tercero ofrezcan, resarcir el daño o caución bastante, respectivamente; siendo para el primer supuesto, es decir en caso de la autoridad, previo análisis de las circunstancias el Tribunal podrá negarla, pero en caso de que la resolución fuera contraria a los intereses de la autoridad demandada, condenará al pago del daño causado por dicha situación, ya sea la Sala, el Pleno o Sección correspondiente a dicha autoridad.

En el caso del tercero, se dejará sin efectos la medida que se haya concedido cuando ofrezca caución que sea suficiente para el pago de daños y perjuicios, pero la Ley no prevé que sucederá si no es favorable la resolución a dicho tercero; a nuestra consideración será condenado de igual manera por el Tribunal ya sea por el Pleno, Sección o Sala al pago de dichos daños que causó con el levantamiento de la medida otorgada al actor, lo cual deberá hacerlo en la misma sentencia que resuelva el fondo del asunto.

#### **3.1.3.1 Daño irreparable.**

De lo hasta aquí apuntado se puede apreciar que el daño irreparable se actualizará cuando el Magistrado o juez de una causa no prevea un daño por la dilación de resolución en cuanto al fondo del asunto.

El daño irreparable se como ya se dijo aquel que se produce con el pasar del tiempo y no por el acto administrativo, es por pendencia del juicio principal y el no haber garantizado la efectividad de la resolución.

Entonces habrá que decir que el daño irreparable lo podrá producir la autoridad demandada o en su caso el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ante la tardanza de emitir sus resoluciones o en su caso, prolongar un asunto por el solo hecho de no reconocer un derecho a la parte promovente.

Esto sucede cuando la autoridad sabe que no ganará el asunto por las deficiencias que ella misma detecta en su resolución impugnada, pero al momento de contestar la demanda busca que mediante argucias legales enderezar el acto combatido.

Aquí en México sucede, no es nada infrecuente, por desgracia, que la Administración *peine* previamente los expedientes que ha de enviar a los Tribunales para servir de base al enjuiciamiento de sus actos, sustrayendo de dicho expediente datos o informes o propuestas que contradicen la posición que está sosteniendo.

En sí misma esa conducta puede ser un posible delito, aunque la prueba que el derecho penal exige del dolo penal haga difícil que esta calificación pueda ser operativa la más de las veces; pero esa conducta procesal de manifiesta mala fe debe ser valorada de manera muy especial para llegar al juicio de fondo.

Cuestión esta que produce el daño que se viene analizando, porque la autoridad al buscar defender su acto impugnado en la mayoría de los casos no actuará con la probidad que se desea que actuará, y si a esto le agregamos el tiempo en que el Tribunal resolverá el asunto, lo cual vulnera lo preceptuado en el artículo 17 Constitucional, nos trae como consecuencia la actualización de un daño.



### **3.1.3.2 Daño inminente.**

Como se mencionó en líneas arriba, en caso de que se presuma que la actuación causara un daño el cual es inminente se actualizará la procedencia de la medida cautelar.

El daño inminente es cuando del estudio del caso en concreto se observa que la continuación natural de las actuaciones de la autoridad, alguno o algunos de dichos actos, le pudieren causar el daño al gobernado, quién para preverlo solicita la medida cautelar.

Por supuesto que la figura jurídica prevé que éste daño inminente se detenga en la medida de lo posible y que de ser inminente no se transforme en irreparable, lo cual le traería peores consecuencias; en tales consideraciones la aplicación de la medida ante un acto que inminentemente repercutirá sobre un derecho subjetivo, debe otorgarse para que este no suceda mientras no se determine la legalidad del acto que le precede y por tanto, dicho daño no se actualice.

Ello produciría que la materia del juicio no se pierda o en caso de que hubiese sentencia favorable, y por tanto esta no fuese ilusoria, ya que tanto la autoridad tendría garantizado el pago por daños y perjuicios que le cause la medida concedida y el demandante tendría la posibilidad de que le declarasen la nulidad del acto impugnado.

### **3.1.3.3 Tipos de garantía de daños y perjuicios.**

En este punto se observa que las garantías que se pueden otorgar para que surta efectos la medida son; la fianza otorgada por institución autorizada,

depósito en dinero, prenda o hipoteca, obligación solidaria, embargo en vía administrativa, títulos de valor, etc.

Es importante apuntar que para que surta efectos la medida se deberá de otorgar en la mayoría de casos, alguno de los tipos de garantías que se enuncia en el párrafo anterior.

En cuanto a las garantías la autoridad deberá observar un punto trascendental para su fijación: el interés general, concepto que no ha sido precisado ni por la legislación, ni por la doctrina o jurisprudencia, por lo cual, se considera como un concepto jurídico indeterminado que el prudente arbitrio del juez o magistrado determinará su concurrencia, en el caso concreto, para conceder o denegar la medida. Lo cierto es que el juicio de amparo en México, así como en el contencioso administrativo, después de la reforma de 2006 vigente desde el primero de enero de 2006, lo único que se requiere, es que se tome en cuenta, que no se ocasione con la adopción de la medida un perjuicio grave al interés público o al derecho a terceros.

Este es considerado como un problema de límites, que necesariamente han de ser fijados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para lo cual se deberán basar en criterios de carácter general, nosotros apuntamos los siguientes:

Determinar cuando la medida puede originar una perturbación grave al interés general, lo que no presupone un juicio sobre la generalidad del interés (que no es lo mismo que el interés del poder del que se trate) y sobre la gravedad de la perturbación, que debe ser suficiente para hacerla valer sobre el interés del titular del derecho fundamental cuya lesión se mantiene.

Determinar cuando la medida puede perjudicar los derechos fundamentales de un tercero, lo que requiere de una precisa comparación entre ambos derechos,

del tercero y de quién solicita la medida, y de la mayor o menor gravedad de la perturbación ocasionada a cada uno.

En definitiva, se tratara de ponderar en cada caso, valorando conjuntamente los intereses en juego.

Por último, hay que señalar que en cuanto al embargo en vía administrativa lo siguiente; en la mayoría de casos se ofrecen en contra de créditos fiscales, existiendo un gran auge para ofrecer este tipo de garantía, ya que al trabarse la mayoría de las empresas que se aplica este tipo de garantía, decidían en término que la Ley les otorga señalarse como depositario del bien embargado; quedando por tanto ellos con tal carácter, pero dada la habilidad de algunos de estos contribuyentes, quienes se asesoraban adecuadamente y sabían que una vez aceptado el mencionado embargo, la autoridad no tiene porque estar realizando visitas a su domicilio, en tanto no se resolviera el asunto en lo principal. Y como esos lapsos son bastantes amplios, simplemente se desaparecían con todos sus bienes o lo que se hubiere ofrecido a embargo que en determinado momento la autoridad no podía recuperar en caso de ganar el juicio, siendo ello motivo para que ahora la demandada requiera de una garantía mayor o en su caso nombre interventores con cargo a caja.

En los casos de propiedad intelectual la garantía debería ser la fianza por excelencia ya que en la mayoría de casos se litiga existiendo tercero perjudicado y en algunos casos se puede causar daño al interés social; cuestión esta última que analizaremos mas adelante.

#### **3.1.4 Criterio jurisprudencial de la medida cautelar.**

Los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación sobre las medidas cautelares son muy bastos, pero acordes con la doctrina que priva en la materia, han conformado diversos criterios, que bien han dado los lineamientos

para los conceptos de la tutela jurídica efectiva, la apariencia del derecho o verosimilitud y el peligro en la demora, así como que para su dictado no se necesita audiencia de las partes y ello no es violatoria de alguna garantía o derecho de los gobernados; así como la sanción en caso de incumplimiento por parte de la autoridad.

Habría que decir que esto no siempre ha sido ya que de acuerdo a las corrientes que prevalecen sobre la materia, han influido en la Corte las posiciones que los doctrinarios han mantenido acerca de este tema, algunos de ellos aceptando todas las características de las medidas cautelares, otros oponiéndose a ella y algunos mas dándole valor solo a algunas de sus características.

Pero es con el Ministro Góngora Pimentel con quién se da un cambio en cuanto al análisis de la apariencia del buen derecho, tópico materia de todos los doctrinarios que apoyaban o estudiaban las medidas cautelares en su relación con la suspensión en amparo, pero nadie le daba un valor en el momento de tomar la decisión para otorgar o negar la medida.

En efecto, hasta casi finales del siglo pasado, la Corte no le daba valor a la apariencia del buen derecho (*fumus boni juris*), al considerarlo un elemento subjetivo el cual no era posible tomar en cuenta para otorgar la medida, ya que consideraba que era prejuzgar sobre un asunto lo que no sería correcto en la actuación de un juzgador, pero ante esta circunstancia el Ministro Góngora Pimentel, observó el grave daño que se causa a los gobernados al no otorgarles una garantía en la impartición de justicia, ejemplificando que en ocasiones no se le otorgaba la suspensión del acto aunque el amparo fuera otorgarsele en tiempo posterior, lo cual no cumplía con establecido en el artículo 17 Constitucional, y sobre todo que de acuerdo a qué; quien tiene la razón no debe sufrir un daño innecesario al momento de ejercer una actuación judicial, ya que la razón le favorece.

En ese tenor, es de señalarse que en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo las jurisprudencias que emita el Poder Judicial son obligatorias para todos los juzgados y jueces del país, incluidos los administrativos.

Veremos a continuación que criterio tiene la Corte sobre la tutela jurídica efectiva.

No. Registro: 171,474  
Tesis aislada  
Materia(s): Constitucional, Administrativa  
Novena Época  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXVI, Septiembre de 2007  
Tesis: 1a. CCV/2007  
Página: 382

EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE LA PREVEÉ, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL. La presunción de legalidad y validez del acto administrativo establecida en el artículo 8o. de la Ley citada es la base que sustenta su ejecutividad, pues lleva inmersa la posibilidad de que la administración pública provea a la realización de sus propias decisiones, siempre y cuando el orden jurídico le haya conferido expresamente tal atribución, característica que se constituye en una potestad imperativa o de mando con que se halla investido todo órgano administrativo público y cuyo apoyo radica, básicamente, en el hecho de que en la acción ejecutiva busca satisfacer las necesidades de interés general de la colectividad, cuya realización no admite demora. Por tanto, el artículo 9o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, al disponer que el acto administrativo válido será eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada, sin condicionar su ejecutividad a que el acto haya adquirido firmeza derivada del fenecimiento del plazo para controvertirlo, no transgrede **la garantía de efectiva tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que no se priva o restringe al afectado del acceso a la jurisdicción con requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o limitativos de los plazos pertinentes para alcanzarla, ya que dichos actos administrativos no son definitivos y, en consecuencia, el particular tiene a su alcance medios de impugnación como el recurso de revisión contenido en la Ley en cita, o el juicio de nulidad regulado por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que inclusive prevén la suspensión del acto administrativo combatido, y cuya determinación de nulidad produce efectos retroactivos, con lo cual se logra que las situaciones**

***jurídicas afectadas vuelvan al estado que guardaban antes de la emisión del acto anulado.***

Amparo en revisión 389/2007. Festo Pneumatic, S.A. 8 de agosto de 2007. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario César Flores Muñoz.

En la anterior tesis la Corte señala expresamente que la garantía de efectiva tutela jurisdiccional esta prevista en el artículo 17 Constitucional, además nos señala que se debe entender por la misma, y que a nuestro saber y entender es aquella que prevé los medios para la defensa adecuada de las garantías de los gobernados a quienes les haya recaído una resolución que consideren es violatoria de dichas garantías.

El término garantía es referente a las procesales y no de manera general, por ello consideramos que la garantía de la efectiva tutela jurisdiccional es la base para el desarrollo de las medidas cautelares, las cuales ayudaran al juzgador con el tiempo necesario para que su determinación no sea ilusoria para quién le resulte favorable.

La medida cautelar entraña varios conceptos que son el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, así como la accesoriedad del juicio principal y la sumaria tramitación, de los cuales el Poder Judicial ha mantenido los siguientes criterios:

No. Registro: 196,727  
Jurisprudencia  
Materia(s): Constitucional, Común  
Novena Época  
Instancia: Pleno  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
VII, Marzo de 1998  
Tesis: P./J. 21/98  
Página: 18

MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo

párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, ***las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues 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; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.***

Amparo en revisión 284/94. Cuauhtémoc Alvarado Sánchez. 27 de febrero de 1995. Once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: Laura G. de Velasco de J. O'Farril.

Amparo en revisión 322/94. Elia Contreras Alvarado. 9 de julio de 1996. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan Carlos Cruz Razo.

Amparo en revisión 710/95. Jorge Arturo Elizondo González. 16 de mayo de 1996. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Óscar Germán Cendejas Gleason.

Amparo en revisión 1749/94. Adalberto Hernández Pineda y otro. 29 de enero de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jacinto Figueroa Salmorán.

Amparo directo en revisión 262/97. Gabriel Neira Rodríguez y coag. 29 de septiembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 21/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

No. Registro: 180,237  
Jurisprudencia  
Materia(s): Constitucional  
Novena Época  
Instancia: Pleno  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XX, Octubre de 2004  
Tesis: P./J. 109/2004  
Página: 1849

SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE HACER UNA APRECIACIÓN ANTICIPADA DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO (APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y PELIGRO EN LA DEMORA).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada 2a. LXVII/2000, de rubro: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO PROCEDE EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN EN CONTRA DE ACTOS CONSUMADOS.", estableció que es improcedente otorgar la suspensión en una controversia constitucional en contra de actos consumados, porque ello equivaldría a darle a dicha medida efectos restitutorios. Sin embargo, sin abandonar este criterio, excepcionalmente procede otorgar la suspensión anticipando los posibles resultados que pudieran conseguirse con la resolución de fondo que se dicte, cuando las particularidades del caso lleven a la convicción de que existe una razonable probabilidad de que las pretensiones del promovente tengan una apariencia de juridicidad y que, además, las circunstancias conduzcan a sostener que igualmente existe peligro en la demora de su concesión. Ello es así, porque conforme al artículo 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **para el otorgamiento de la suspensión deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares del caso, lo que implica que el juzgador deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, sin perjuicio de que esta previa determinación pueda cambiar con el dictado de la sentencia definitiva, pues tal anticipación es posible porque la suspensión es una especie del género de las medidas cautelares, por lo que aunque es evidente que se caracteriza por diferencias que la perfilan de manera singular y concreta, le son aplicables las reglas generales de tales medidas en lo que no se opongan a su específica naturaleza. En ese sentido, son dos los extremos que deben actualizarse para obtener la medida cautelar, a saber: 1) apariencia del buen derecho, y 2) peligro en la demora. La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y sería 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, de modo que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado; y, por su parte, el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del**



***promoviente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. Consecuentemente, si toda medida cautelar descansa en los principios de apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, el juzgador puede analizar esos elementos, y si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, tiene la facultad de dictar las medidas pertinentes que no impliquen propiamente una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado para resolver posteriormente, en forma definitiva, si los actos impugnados son o no constitucionales, por lo que el efecto de la suspensión será interrumpir un determinado estado de cosas mientras se resuelve el fondo del asunto, sin perjuicio de que si se declaran infundadas las pretensiones del actor porque la apariencia del buen derecho fuera equivocada, tales actos puedan reanudarse, sin poner en peligro la seguridad o la economía nacional, a las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, o bien, sin afectar gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con dicha suspensión pudiera obtener el solicitante, que son las limitantes que establece el artículo 15 de la citada ley reglamentaria.***

Recurso de reclamación 229/2004-PL, derivado del incidente de suspensión de la controversia constitucional 67/2004. Gobernador del Estado de Quintana Roo. 31 de agosto de 2004. Unanimidad de diez votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón, Alejandro Cruz Ramírez y Mara Gómez Pérez.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta de septiembre en curso, aprobó, con el número 109/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta de septiembre de dos mil cuatro.

Nota: La tesis 2a. LXVII/2000 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, julio de 2000, página 573.

Con las anteriores tesis se acredita que la medida cautelar es accesoria de un juicio principal y que su resolución debe ser sumaria, esto es en breve término, por lo tanto, su tramitación es en términos cortos, generalmente de tres y cinco días; además que las medidas cautelares no se pueden considerar actos privativos ya que lo único que pretende es garantizar el resarcimiento del daño causado.

En ese orden de ideas, señala la segunda de las tesis que la apariencia del derecho es en función a la calidad intrínseca de la resolución combatida por una mera credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión

manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, la cual se logra a través de un análisis superficial del asunto; por otro lado el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del promovente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo.

Resalta en las tesis transcritas la importancia que el Poder Judicial le otorga a las medidas al considerar que constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica.

Asimismo amplía la posibilidad de aplicar cualquier medida que garantice eficazmente que la resolución que se dicte tenga la garantía de efectividad, ya sea, restituyendo, modificando o anulando el acto que se considera antijurídico.

El Poder Judicial de la Federación se ha preocupado porque las medidas cautelares cumplan con la garantía de efectiva tutela jurisdiccional, realizando un análisis de las medidas que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo prevé dentro de su cuerpo normativo, y para una adecuada aplicación emitió la siguiente tesis:

No. Registro: 174,066  
Tesis aislada  
Materia(s): Administrativa  
Novena Época  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXIV, Octubre de 2006  
Tesis: I.7o.A.478 A  
Página: 1403

**MEDIDAS PRECAUTORIAS PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 24 Y 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SU PROCEDENCIA.**

**Los artículos 24 y 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, regulan las medidas precautorias decretadas en el juicio contencioso administrativo bajo dos supuestos específicos: a) el contenido en el primero de los numerales citados establece la posibilidad de que se decreten todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente (diferentes de la suspensión) que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público; tópico que se encuentra reglamentado por el propio numeral, así como en los diversos 25 a 27; y b) el previsto en el artículo 28 que se refiere específicamente a la suspensión de la ejecución del acto administrativo reclamado, el cual, de acuerdo con el primer párrafo del numeral en comento, procede cuando la autoridad ejecutora la niegue, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, y de acuerdo con la fracción XI, cuando la ley que rige al acto administrativo no prevea la suspensión de tal ejecución, ésta tendrá el alcance que indique el Magistrado instructor o la Sala, subsistiendo en tanto no se modifique o revoque o hasta que exista sentencia firme.**

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 319/2006. Uriel Alejandro Torres Barroso. 16 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Adela Domínguez Salazar. Secretario: Luis Huerta Martínez.

La anterior tesis es de gran trascendencia, primeramente porque utiliza alguno de los nombres que se le ha dado a las medidas cautelares al nombrarla precautoria, después acierta al señalar se pueden decretar todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, al contener el vocablo *todas* se refiere a cualquiera de sus diversos tipos; separando a la suspensión del acto impugnado, la cual es una medida cautelar específica y que ha funcionado bastante bien en la legislación nacional, pero en determinando momento este tipo de medida no es aplicable o en su caso no podría ser efectiva al caso en específico.

Por otro lado, la Corte ha considerado que en tratándose de la suspensión del acto impugnado deberá separarse de los hechos que conoció para negar u otorgar la medida en la provisional, que en la definitiva, esto es, que de manera particular se deberán analizar para el otorgamiento tanto de la provisional como

de la definitiva; ya que de manera independiente los hechos que se le presentaron al momento de la solicitud de la medida son distintos a los hechos que se tendrán en el momento de dictar la definitiva; por lo que en ocasiones se otorga la provisional y se niega la definitiva; o se niega la provisional y se concede la definitiva e incluso se pueden negar o conceder la provisional como la definitiva, criterio que la Corte ha sostenido en la siguiente tesis:

No. Registro: 910,721

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, P.R. TCC

Tesis: 5780

Página: 3021

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, página 955, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.3o.P.5 P.

SUSPENSIÓN DEFINITIVA. LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SON INDEPENDIENTES DE LAS SEÑALADAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA.-

**La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, tiene dos estadios procesales, uno para la provisional y otro para la definitiva, por tanto las condiciones que se fijan en una o en otra son independientes, por lo que los requisitos para otorgar la medida cautelar definitiva no pueden depender del incumplimiento de los que se hubiesen fijado al conceder la suspensión provisional, pues en todo caso, debe observarse que se encuentran satisfechos los requisitos que para su procedencia señala el artículo 124 de la Ley de Amparo y dictar las medidas necesarias para el aseguramiento del peticionario, vigilando su cumplimiento, para que el Juez de Distrito pueda ponerlo a disposición de la autoridad responsable, si le fuere negado el amparo.**

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 75/96.-Ignacio Flores Ayala.-15 de marzo de 1996.-Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos de Gortari Jiménez.-Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo en revisión 47/95.-Héctor Eduardo Rueda Loaiza.-15 de febrero de 1995.-Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos de Gortari Jiménez.-Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, página 955, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.3o.P.5 P.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 14/2000-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 75/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 141, con el rubro: "SUSPENSIÓN DEFINITIVA. SU OTORGAMIENTO, TRATÁNDOSE DE ACTOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD PERSONAL, NO DEPENDE DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DECRETADAS POR EL JUEZ DE DISTRITO EN LA PROVISIONAL."

No. Registro: 208,457

Tesis aislada

Materia(s): Común

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XV-II, Febrero de 1995

Tesis: III.1o.A.65 K

Página: 357

INCIDENTE DE INCUMPLIMIENTO A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL. SI DURANTE SU TRAMITE APARECEN HECHOS DISTINTOS A LOS ORIGINALMENTE PLANTEADOS, ESTOS DEBEN INCORPORARSE AL.

**Si durante la tramitación de un incidente de incumplimiento al auto de suspensión provisional, la parte quejosa denuncia otros hechos distintos a los originalmente planteados en dicho incidente, el juez de Distrito, en atención a la obligación que le asiste de vigilar que las medidas cautelares que dicte sean debidamente cumplidas, deberá incorporar en la incidencia respectiva, esos nuevos planteamientos a efecto de requerir a las autoridades de que se trate para que informen sobre los nuevos motivos de inconformidad y dar intervención a los terceros perjudicados, a fin de determinar si efectivamente existe el alegado incumplimiento, respecto de todos los motivos de inconformidad.**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Queja 64/94. Comisariado de Bienes Comunales de la Comunidad Indígena "San Juan Jiquilpan", Municipio de Venustiano Carranza, Jalisco. 17 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Camarena Cortés. Secretario: Bernardo Olmos Avilés.

Estas tesis son claras al ejemplificar los motivos por los que se puede modificar la medida cautelar otorgada o en su caso para negarla, por los nuevos actos de la autoridad o por el hecho de que el acto no se debió suspender.

En las siguientes tesis la Corte, ejemplifica los momentos en que se puede solicitar la medida cautelar ya sea como acto prejudicial esto es como un hecho anterior a la interposición de la demanda o en la relación judicial establecida ante un Juzgado o Tribunal, cuestión que aplica en el contencioso solo en el segundo caso.

No. Registro: 376,587  
Tesis aislada  
Materia(s): Civil, Común  
Quinta Época  
Instancia: Cuarta Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
LXXII  
Tesis:  
Página: 2243

#### PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, NATURALEZA DE LAS.

No es exacto afirmar que las providencias precautorias sólo son actos prejudiciales, es decir, tendientes a asegurar una situación de hecho o de derecho, con anterioridad a la interposición de la demanda y al establecimiento de la relación procesal, pues tanto por la finalidad que en general tienen todas las medidas cautelares, a cuyo género corresponden los secuestros precautorios, como por las disposiciones de las leyes adjetivas, y entre ellas, especialmente el artículo 166, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Civiles, debe decirse que dichas providencias no tienen siempre el carácter de actos prejudiciales, ya que las mismas pueden promoverse aún, después de haberse instaurado el juicio.

Amparo en revisión en materia de trabajo 3667/40. Compañía Explotadora de Petróleo "La Imperial", S. A. 23 de abril de 1942. Unanimidad de cinco votos. Relator: Hermilio López Sánchez.

No. Registro: 376,588  
Tesis aislada  
Materia(s): Común  
Quinta Época  
Instancia: Cuarta Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
LXXII  
Tesis:  
Página: 2244

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS, TERMINO PARA INTENTAR LA ACCION CUYO RESULTADO SE ASEGURA POR MEDIO DE LAS.

Las disposiciones legales que fijan términos para intentar las acciones cuyo resultado se asegura por medidas cautelares, tienen por fin impedir el que, sin derecho predeterminado y preconstituido, se causen daños al afectado por las providencias precautorias, por un plazo no perentorio, o sea, por un tiempo indefinido. La cuantía de la ejecución sólo está garantizada por el importe de la fianza que se exige ordinariamente, caso de no estar cuantificado y reconocido jurídicamente el derecho para dictar las providencias; de manera que una vez reconocido el derecho, no existe razón para fijar un término dentro del cual deba intentarse la acción, después de ejecutarse la providencia precautoria.

Amparo en revisión en materia de trabajo 3667/40. Compañía Explotadora de Petróleo "La Imperial", S. A. 23 de abril de 1942. Unanimidad de cinco votos. Relator: Hermilio López Sánchez.

Recordemos que en el derecho mexicano, para el otorgamiento de la medida cautelar, en materia contenciosa administrativa, se realiza una evaluación del daño que el interés general pudiese sufrir, la Corte ha señalado que cuando es evidente y manifiesta su afectación, no se requiere prueba sobre su existencia o inexistencia, acorde a la siguiente tesis:

No. Registro: 186,504

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Julio de 2002

Tesis: 2a./J. 52/2002

Página: 296

ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL PARA EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CUANDO ES EVIDENTE Y MANIFIESTA SU AFECTACIÓN, NO SE REQUIERE PRUEBA SOBRE SU EXISTENCIA O INEXISTENCIA.

Si bien es cierto que en el incidente de suspensión las partes tienen el derecho de allegar al Juez de Distrito las pruebas que la Ley de Amparo permite para acreditar la existencia del acto reclamado y la afectación o no afectación al orden público y al interés social con motivo de la suspensión del acto reclamado en el amparo, también lo es que los elementos probatorios son innecesarios cuando dicha afectación es evidente y manifiesta, por lo que en tal supuesto si las partes aportan pruebas para acreditar tal extremo y éstas les son desechadas, ninguna afectación les

causa tal acto, ya que el juzgador debe atender a la evidente y manifiesta afectación aludida, para denegar la suspensión solicitada.

Contradicción de tesis 24/2002-SS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito y el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 3 de mayo de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Arnulfo Moreno Flores.

Tesis de jurisprudencia 52/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del siete de junio de dos mil dos.

En cuanto a los efectos restitutorios o anticipados que la medida pudiere tener la Corte mediante la siguiente tesis, comprueba lo útil que son las medidas cautelares sobre la base de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora:

No. Registro: 177,430

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Agosto de 2005

Tesis: II.1o.P.141 P

Página: 2042

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL. PARA RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA ES FACTIBLE ANTICIPAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO, CON BASE EN LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA.**

Es posible adelantar los efectos propios de la sentencia de amparo en la medida cautelar solicitada; cuando el motivo de queja lo constituya la determinación judicial atinente a la libertad provisional bajo caución, dada la naturaleza del acto y el derecho subjetivo público reclamado como violado; ello, a fin de evitar que se causen al quejoso perjuicios de imposible reparación, en razón de que, mientras se tramita el juicio de amparo y causa ejecutoria la sentencia permanecerá privado de la libertad, en caso de que incumpla con los requisitos exigidos para gozar de su libertad provisional; de ahí que sea válido apreciar la inconstitucionalidad del acto reclamado, si con ello se evitan notorios perjuicios de difícil o imposible reparación por el peligro en la demora.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.**



Queja 18/2005. 28 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretario: Julio César Gutiérrez Guadarrama.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo VI, Materia Común, página 374, tesis 440, de rubro: "SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO."

Por último, se citara la tesis que formuló el ministro Genaro David Góngora Pimentel, cuando aun pertenecía al Tercer Tribunal Colegiado de Circuito con la cual radica en la Corte la publicación y el enriquecimiento de la teoría dentro de la suspensión, de la apariencia del buen derecho, siendo este tesis precedente de la que se cita a continuación, resolver la Corte la contradicción de tesis 3/95 entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Sexto Circuito, elaborándose la jurisprudencia numero P./J. 15/96.

No. Registro: 213,282

Tesis aislada

Materia(s): Común

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XIII, Marzo de 1994

Tesis: I.3o.A 125 K

Página: 473

SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS RECLAMADOS PROCEDE CONCEDERLA, SI EL JUZGADOR DE AMPARO SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, CONSIDERA QUE LOS ACTOS SON APARENTEMENTE INCONSTITUCIONALES.

Para decidir sobre la procedencia de la suspensión de los actos reclamados, debe tomarse en cuenta que la suspensión tiene como objeto primordial preservar la materia del juicio, asegurando provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate, para que la sentencia que en su día - lejano, en muchas ocasiones- declare el derecho del promovente, pueda ser ejecutada, eficaz e íntegramente; y para lograr este objetivo en el capítulo III, del título segundo, del libro primero, de la Ley de Amparo, se contienen una serie de disposiciones legales encaminadas todas ellas a conservar viva la materia del amparo, sin afectar intereses de terceros ni de la sociedad, dentro de esas disposiciones legales se prevé, desde la suspensión automática de los

actos hasta el tomar las medidas que estime convenientes el juzgador de amparo, para que no se defrauden derechos de terceros, evitando perjuicios a los interesados hasta donde sea posible, esto lleva implícito no sólo la suspensión (paralización de los actos reclamados), sino la existencia de otras medidas cautelares, tales como poner a un reo en libertad o levantar un estado de clausura ya ejecutada (criterio sustentado recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación), estos actos llevan implícito un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo que puede un día ser favorable. Esta suspensión de los actos que adelanta la efectividad aunque sea de manera parcial y provisional, de la sentencia de amparo, se encuentra perfectamente justificada con la preservación de la materia de amparo y el evitar que se causen daños y perjuicios de difícil o imposible reparación al quejoso. Para que se otorgue la suspensión es necesario que se den los requisitos del artículo 124 de la ley de la materia que son: que la solicite el quejoso, que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, y que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto. Cuando se den estos tres requisitos la medida cautelar deberá concederse, procurando el juzgador de amparo fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio (último párrafo del citado artículo). Ahora bien, habría que preguntarse cómo el juzgador de amparo va a considerar que se cumplen los requisitos antes mencionados y cómo va a procurar fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, tomando las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo, la respuesta lógica y jurídica es mediante el análisis de la demanda de garantías y los anexos que se acompañan, tratándose de la suspensión provisional, y mediante el análisis de la demanda de amparo, los informes previos y las pruebas que aporten las partes, tratándose de la suspensión definitiva, porque dentro de las disposiciones que regulan este incidente de suspensión, se contempla la posibilidad de probar, con ciertas limitaciones propias de un procedimiento sumario, pero existen pruebas dentro del incidente que deben ser tomadas en consideración, siguiendo los principios que rigen cualquier procedimiento, todo esto deberá ser tomado en consideración por el juez de Distrito para decidir si concede o niega la suspensión definitiva, para efectos prácticos podemos decir que debe tomar en cuenta todo lo que contiene el cuaderno incidental que se forma por separado del principal. Además, de conformidad con el artículo 107, fracción X, primer párrafo, de la Constitución Federal para el otorgamiento de la suspensión se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, para determinar esa "naturaleza de la violación alegada" (aparte obviamente de la certeza de actos), es que se estableció un sistema probatorio, con limitaciones como dijimos, dentro del incidente de suspensión, por lo que apreciar la legalidad de un acto para otorgar la suspensión, es acorde con lo establecido por el legislador federal. En este orden de ideas, el juez de amparo siendo perito en derecho, no puede dejar de advertir en el incidente de suspensión, las irregularidades legales que contienen los actos reclamados, sin realizar un estudio profundo o desviarse a cuestiones propias del fondo (como son las causales de improcedencia del juicio de garantías), simplemente de la lectura de la demanda, de los informes previos o de las pruebas aportadas, salta

muchas veces a la vista la ilegalidad de los actos reclamados, ilegalidad que deberá sopesar al estimar que la suspensión de dichos actos puede ocasionar perjuicio al interés social o al orden público, en cuyo caso si el perjuicio al interés social o la contravención al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la suspensión solicitada; no por el hecho de que el juzgador no advirtió la ilegalidad del acto reclamado, sino porque el interés de la sociedad y la preservación del orden público están por encima del interés del particular afectado. Pero cuando el juzgador de amparo sopesa la ilegalidad (aunque sea presuntivamente) del acto reclamado con los intereses sociales y el orden público, y llega a la convicción de que la suspensión de aquél en nada perjudica el interés social ni contraviene el orden público, debe otorgar la medida cautelar para no ocasionar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y para conservar viva la materia del amparo. Hay innumerables ejemplos de actos (presumiblemente ilegales) contra los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado procedente la medida cautelar, inspirada sin lugar a dudas, en el principio doctrinal *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esto es, que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia; así como en las palabras de Chiovenda de que "El tiempo necesario para obtener la razón no debe causar daño a quien tiene la razón", es decir, si el particular tiene razón y de todos modos debe ir a tribunales para lograrla, esos años que se tarde en conseguirla, mientras dura el litigio, sus intereses deben estar protegidos por la suspensión, mientras se desarrolla un litigio en que pelea contra la administración pública para lograr que, a la postre, se le restituyan sus derechos. Con base en esto, podemos afirmar que cuando un acto reclamado es inconstitucional en sí mismo, como podría ser la orden para torturar al quejoso, la suspensión se otorgará de inmediato para que cese o se suspenda el acto inconstitucional reclamado, cuando el acto no sea inconstitucional en sí mismo, como la orden de aprehensión, se concederá la suspensión cuando apreciando el acto y teniéndolo por cierto o presuntivamente cierto, las características que lo rodean lo hacen inconstitucional, como sería que dicha orden hubiese sido emitida fuera de procedimiento judicial por autoridad que carece de facultades para emitirla. Y existe otra clase de actos reclamados que también son susceptibles de suspenderse que son aquellos cuya ilegalidad queda probada en la tramitación del incidente de suspensión, aunque sea de manera presuntiva, indiciaria o aparente, ilegalidad que para el juzgador de amparo, que es perito en derecho, es muy probable o certera, por lo que teniendo a su cargo proveer sobre la suspensión para conservar la materia del juicio de garantías y evitar que se le causen al quejoso daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante que, podrá cambiarse al dictar la sentencia de fondo. Esto es, el juzgador de amparo al analizar las constancias que obran en el cuaderno incidental, para decidir sobre la certeza del acto y la suspensión de aquél al resultar cierto, no puede dejar de percatarse de la ilegalidad que reviste el acto reclamado, puesto que necesariamente, para poder decidir sobre el otorgamiento de la medida cautelar, tendrán que hacerse consideraciones sobre "el fondo del negocio", aunque éstas sean limitadas y con las reservas probatorias

lógicas que puedan darse, consideraciones que pueden ser provisionales y siempre sin prejuzgar sobre la resolución final, pero que para efectos exclusivos de la suspensión, no es lógico ni jurídico ni justo que se reserve la convicción (provisional y anticipada pero al fin convicción) de que el acto reclamado es ilegal y que los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación que sufra el quejoso, si se le niega la suspensión, se derivarán precisamente de la ejecución del acto administrativo ilegal. Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen derecho del promovente (para que pueda decirse que se ve afectado por un acto arbitrario), anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta sólo provisionalmente, es decir, sin prejuzgarlo, y además, no lo adelanta más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un carácter temporal, sin más efecto que mantener las cosas en el estado en que se encuentran, retardando en el peor de los casos, la ejecución del acto de autoridad, pero salvaguardando la materia del juicio constitucional que siempre de una forma u otra, versa sobre el respeto de los derechos públicos subjetivos de los gobernados. Este criterio es apegado a las disposiciones legales que rigen el incidente de suspensión en materia de amparo, en virtud de que si el juzgador se "convence provisionalmente" de que el acto reclamado es ilegal, y se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, deberá otorgar la suspensión del acto reclamado, fijando la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, en caso contrario, esto es, que no se cumplan dichos requisitos, el juzgador negará la suspensión aunque estime que el acto es legalmente irregular. Es muy importante mencionar que no es obstáculo para sostener el criterio antes expuesto, la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número mil novecientos, visible en la página tres mil sesenta y seis, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, que dice: "SUSPENSIÓN, MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO. Al resolver sobre ella no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo"; toda vez que dicho criterio, según se aprecia de los precedentes, se basó en que el estudio de la suspensión del acto reclamado debe realizarse a la luz de las disposiciones legales contenidas en el capítulo III, del título II, del libro primero, de la Ley de Amparo, y el criterio sostenido por los suscritos en el presente fallo se encuentra apegado a dichas disposiciones, puesto que la ilegalidad, en su caso, del acto reclamado, el juez de amparo la advertirá de la demanda de garantías, los informes previos y las pruebas aportadas por las partes en el incidente de suspensión, sujetándose en todo momento para conceder la medida cautelar a los requisitos y demás disposiciones legales que rigen dicho incidente de suspensión.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente en revisión 2233/93. Juan Manuel Iñiguez Rueda. 21 de octubre de 1993. Mayoría de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

Disidente: Carlos Alfredo Soto Villaseñor. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 3/95 resuelta por el Tribunal Pleno, de la que derivó la tesis P./J. 15/96, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, página 16, con el rubro: "SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO."

No. Registro: 200,136

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

III, Abril de 1996

Tesis: P./J. 15/96

Página: 16

SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.

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, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. ***En todo caso dicho análisis debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación***

***con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquélla sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque 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 negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.***

Contradicción de tesis 3/95. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Sexto Circuito. 14 de marzo de 1996. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios por estar desempeñando un encargo extraordinario. Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el ocho de abril en curso, aprobó, con el número 15/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a ocho de abril de mil novecientos noventa y seis.

Se pueden enriquecer las medidas cautelares contempladas en el contencioso administrativo federal si se aplicara de manera adecuada los criterios que la Corte ha mantenido sobre este tema, criterios que se han expuesto con las tesis anteriormente citadas, que no siendo los únicos<sup>18</sup> aunque si los que han sentado bases para su aplicación en otra materia, en el caso concreto en el contencioso administrativo federal, y no solamente en el amparo a través de la suspensión del acto.

Es sobresaliente lo que escribe este autor al señalar: “¡Que difícil es cambiar una jurisprudencia de la Suprema Corte! Una vez dictada todos la cumplen sin cuestionarla. La facultad de pensar se acaba. Los asuntos jurídicamente

---

<sup>18</sup> Vid, Jurisprudencias y tesis aisladas junio de 1917 a diciembre de 2007, Seminario Judicial de la Federación, Salas y Tribunales Colegiados de Circuito.

similares se prejuzgan. El funcionario judicial se vuelve un autómeta y la ciencia jurídica se eclipsa.”<sup>19</sup>

Continúa diciendo el mismo autor, “pensemos con una convicción arraigada que es necesario cambiar el sistema de la suspensión del acto reclamado, como lo hemos dicho muchas veces, es el momento de buscar solución a problemas antiguos, y agrega: en muchas ocasiones los jueces de amparo negamos la suspensión porque son aplicables criterios jurisprudenciales, a pesar de saber que el amparo habrá de ser concedido y sabemos también que la negativa de suspensión pone en riesgo la protección efectiva de la Justicia Federal, busquemos entonces un nuevo enfoque, cambiemos la jurisprudencia congelada que pertenece a épocas en que México era diferente; demos una verdadera justicia provisional a los gobernados.”<sup>20</sup>

Justicia provisional que en materia contenciosa administrativa, se desea alcanzar mediante el uso de los principios que en México en materia de amparo se tiene, enriqueciendo su aplicación no solo mediante la suspensión del acto impugnado sino aplicando las bases de las medidas cautelares, como son la apariencia del buen derecho y el peligro en la mora.

Si se llegare a cumplir con ello, la justicia provisional o tutela judicial efectiva se lograría, dándole mayor eficacia al estado de derecho que priva en nuestro país.

---

<sup>19</sup> GONGORA PIMENTEL, Genaro David, La Suspensión en Materia Administrativa, Porrúa, México, 1993, pág 64.

<sup>20</sup> Ídem.

### **3.2 La suspensión del acto impugnado en comparación con la medida cautelar**

Muchos años atrás en la doctrina nacional, diversos tratadistas han escrito acerca de la suspensión en amparo y algunos con mayor fortuna han contribuido a la cabal comprensión de esta institución jurídica, los que sin duda han influido de un forma u otra en el ánimo del legislador para que éste haya llevado a cabo las múltiples reformas legales que dicha institución ha experimentado.

Atrás de una institución jurídica generalmente existe una doctrina más o menos consolidada que pretende explicar cuál es su naturaleza jurídica, la finalidad que ésta persigue, cuales son sus rasgos más característicos que los distinguen de otras instituciones afines, cuales las condiciones o requisitos necesarios para que se constituya como derecho; de ellos se intenta fundar cuáles son los principios generales por los que dicha institución jurídica se rige.

Con carácter previo cabe señalar que el foro nacional en México no está familiarizado con los principios de las medidas cautelares y es precisamente en torno a la suspensión del acto reclamado en materia de amparo en donde se ha logrado un relativo desarrollo.

Es por el precario desenvolvimiento de la teoría general de las medidas cautelares tanto en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional, por lo que el tema ha sido ampliamente debatido, llegando en ocasiones distintos tratadistas a adoptar posturas radicales que tratan de descalificar a la corriente de pensamiento contrario, es por ello que también se ha dado lugar a que los tribunales federales hayan presentado una verdadera cascada de criterios jurisprudenciales que además de multiplicarse, en muchas ocasiones resultan contradictorios.



Se puede hablar de tratadistas, como por ejemplo Vallarta, Fernando Vega, entre otros, que sostienen que la suspensión en amparo responde a los principios de las medidas cautelares y que solo explican parte de la teoría jurídica, un precedente remoto es Ignacio Vallarta quién en 1882 al referirse a la suspensión de amparo señalaba: “La ley ha creído, como es lo cierto, que hay casos en que antes de abrirse lo que verdaderamente es el juicio debe comenzarse por asegurar lo que constituye su materia, a fin de que la sentencia no sea después estéril y nugatoria; ha creído que hay casos en que antes de todo trámite debe de suspenderse la ejecución del acto reclamado”.<sup>21</sup>

Por su parte Fernando Vega sostiene que “es un error deplorable afirmar que el auto de suspensión deja las cosas en el mismo estado que guardaban al pronunciarse; la ley no requiere tal cosa, lo que preceptúa, lo que manda para hacer práctico el sistema en que cesen los efectos de la violación, temporalmente, durante el juicio de amparo.”<sup>22</sup>

No será sino Moreno Cora quién por primera vez en la doctrina mexicana hace alusión directa de la relación que tiene la suspensión en amparo con las medidas cautelares; en su obra *Tratado del Juicio de Amparo Conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales* publicada en 1902, justifica la facultad de los jueces para suspender el acto reclamado por la necesidad de salvaguardar el derecho de quién insta la medida.

Destaca que al autorizar la ley la suspensión en amparo no se derogan los principios que rigen el procedimiento, pues en el orden civil la Ley ha cuidado de proporcionar a quién reclama una obligación los medios para que la sentencia que se pronuncie no sea ineficaz; a esto tienden las medidas precautorias (cautelares), las fianzas, etc.; medidas con cuyo auxilio se logra

---

<sup>21</sup> VALLARTA OGAZÓN, Ignacio Luis, *Cuestiones Constitucionales*, Tomo Primero, México, 1894, págs 162 y ss.

<sup>22</sup> Véase VEGA, Fernando. *Nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales*, Porrúa, México, 1993, pág. 64. Que corresponde facsímilmente con el texto de la obra publicada en 1883.

una vez deducida la cuestión en el fallo definitivo los derechos de los litigantes no queden burlados.<sup>23</sup>

Según estos tratadistas, es bien sabido que el objeto de toda medida precautoria es obtener una protección jurídica contra un daño o perjuicio inminente, que opera en dos hipótesis: Una de ellas es que quién solicita la medida pone en conocimiento del juez determinados hechos, que si se realizan, forzosamente tiene que generar un daño o perjuicio para quien insta la medida; como en el caso de un individuo que trata de ponerse en estado de insolvencia, que a la larga impedirá que el que va a realizar una acción en su contra pueda satisfacer sus derechos.

La otra hipótesis es en el juicio de amparo, en que al mismo tiempo que plantean la cuestión de inconstitucionalidad se solicita el incidente de suspensión, que tiene por objeto impedir que el acto que se combate se realice, porque ello implica una actividad lesiva a sus intereses. De tal manera que en los dos aspectos en que se solicita la medida precautoria hay la inminencia de un daño o un perjuicio.

Por su parte Alfonso Noriega quien en su obra “Lecciones de Amparo”, publicada en 1973, cuya segunda edición se difunde en 1980 y es en la que nos basamos, dedica un capítulo al tema de la suspensión y su relación con la teoría de las medidas cautelares.

Dicho autor afirma “que la suspensión del acto reclamado en amparo es una providencia cautelar o precautoria, porque tiene precisamente los caracteres conceptuales inherentes a éstas”<sup>24</sup>. Refiere que por su propia naturaleza es una medida provisoria, limitada en su duración hasta que se dicte la resolución

---

<sup>23</sup> MORENO CORA, Silvestre, Tratado del Juicio de Amparo conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales, edición facsimilar de 1992, impreso en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1929, págs. 561 y ss.

<sup>24</sup> NORIEGA, Alfonso, Lecciones de Amparo, 2ª edición, Porrúa, México, 1980, págs. 856-865.

definitiva en amparo y se resuelva sobre la inconstitucionalidad del acto reclamado, por una parte, y por la otra se justifica como una medida de urgencia para prevenir el periculum in mora, y por último tiene eminentemente un carácter conservativo, aun cuando en algunos casos anticipa en parte los efectos de la sentencia principal.

Se puede observar que el citado autor, entra al estudio de las medidas cautelares, pero evita referirse a la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* como criterio material para acordar la medida, que de acuerdo con la doctrina de los autores en que se apoya para su exposición no pudo pasar por alto; por otra parte, si bien considera que la suspensión corresponde a una medida cautelar, refiere que sus efectos son únicamente de paralización y conservación y que la suspensión en amparo debe de entenderse desde su significado gramatical, es decir, de detención o paralización del hecho estimado inconstitucional, aunque admite que en algunos casos con la suspensión se pueden producir efectos provisionalmente restitutorios.

Alfonso Trueba quién en 1975 edita su obra “La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo”, en esta realiza un análisis, si acaso muy breve, sobre la teoría de las medidas cautelares apoyándose para ello en los criterios que Calamandrei expone en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, así como en algunas ideas de Carnelutti.

“Apunta que le parece necesario señalar las diferencias doctrinales acerca del tema, porque los autores convienen fundamentalmente en que las medidas cautelares están determinadas por el peligro en la demora, su finalidad es prevenir daños y anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> TRUEBA, Alfonso. La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo. Nueva Colección de Estudios Jurídicos, Ius, México, 1975, pág. 12.

Contesta en su análisis la pregunta ¿Qué debemos entender por la expresión conservar la materia de amparo?, contestando a la interrogante de la siguiente forma; nos parece que la ley utiliza el nombre materia en el sentido de causa final o motivo del juicio. Esta causa final es la tutela de un interés en peligro, por consiguiente, conservar la materia de amparo es una expresión equivalente a asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Dicho en otros términos, el juez tiene la obligación de impedir que el remedio llegue demasiado tarde, no sólo mediante el despacho de medidas tendientes a evitar el cambio de una situación de hecho, sino también por medio de prevenciones innovativas.

Critica analizando las dos fases de la suspensión a petición de parte, la provisional y la definitiva, destacando que esta mal empleada en la Ley de amparo la voz definitiva, porque no tiene tal carácter ninguna providencia suspensiva. Además, el carácter definitivo de toda medida cautelar es su provisionalidad, esto significa que sus efectos duran mientras se pronuncia la decisión final; no hay por lo mismo ninguna suspensión definitiva.

Ante ello a nuestra consideración es acertada esta puntualización que realiza este tratadista, pero dada la costumbre jurídica esta diferenciación es aceptada para los efectos de la medida por todos los doctrinarios de la materia, ya que es en estos cuando la medida garantiza la efectividad de la sentencia, al decidir el órgano jurisdiccional sobre su procedencia en primer término garantiza la materia del juicio y después determina la forma en que esta materia quedara salvaguardada.

Esto es, la suspensión provisional es para garantizar la materia del juicio, en su caso la llamada definitiva es la forma en que el juez o tribunal consideran es la adecuada para que dicha garantía surta sus efectos.

Por su parte Juventino Castro, quién en 1998 publicó la tercera edición de su obra *La suspensión en forma comparativa a las providencias cautelares*

advierte que para adscribir el instituto procesal de la suspensión en forma comparativa a las providencias cautelares nos encontramos con una dificultad, de que no manejamos con mucha fluidez en nuestro medio jurídico las providencias, medidas o procesos cautelares, precautorios, asegurativos u otras figuras similares.<sup>26</sup> No se puede asegurar que estemos familiarizados con estas providencias, pues su naturaleza y elementos constitutivos no son objeto de un interés especial en nuestro país, que en medios jurídicos más acabados que el nuestro se han enriquecido con su experiencia. Pero ni la legislación ni la jurisprudencia mexicana se introducen en gran medida en la estructura teórica, como tampoco en el manejo de la mejor doctrina.

Por otra parte le atribuye a la suspensión de oficio en algunos casos autonomía propia e independiente del juicio principal, lo que para nosotros se traduce en negarle a éste tipo de suspensión su carácter de instrumentalidad.

Estos tratadistas han buscado de manera indirecta acreditar una relación entre la suspensión del acto impugnado y la teoría de las medidas cautelares para buscar una mejor impartición de justicia, lamentablemente como bien lo señala el ex ministro Juventino Castro es poca la doctrina sobre las medidas cautelares que se ha estudiado.

De forma más acertada hay autores que conciben la teoría general de las medidas cautelares y la relacionan con algunos aspectos de la suspensión, al primero que se puede citar es Ricardo Couto, quién sin referirse directamente a la teoría jurídica relacionada con la tutela cautelar; profundiza en la necesidad de formarse un juicio previo y provisional sobre el fondo del asunto, es decir, acerca de la inconstitucionalidad de la violación que se reclama en amparo, para conceder la suspensión.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vid. CASTRO y CASTRO, Juventino Víctor, Garantías y Amparo, 11ª Edición, Porrúa, México, 2000, pág. 555-556.

<sup>27</sup> COUTO, Ricardo, Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en Amparo, 4ª Edición, Porrúa, México, 1993, págs. 41-42.

Señala que la suspensión del acto reclamado tiene por objeto primordial mantener viva la materia del amparo impidiendo que el acto reclamado al consumarse irreparablemente haga ilusoria para el agraviado la protección de la justicia federal. Pero si éste es su objeto principal no es el único, la ley se propone también evitar al agraviado, durante la tramitación del juicio principal, los perjuicios que la ejecución del acto reclamado pudiera ocasionarle.

Podemos observar que la tesis de Couto está concatenada con los principios de las medidas cautelares, aun cuando este autor no sistematiza su exposición a partir de su estudio comparativo; no obstante, se puede apreciar que cuando destaca la conveniencia de que para resolver acerca de la suspensión es necesario formarse un juicio previo y provisional sobre el fondo del asunto, coincide con el principio que la teoría jurídica identifica como apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*; también subraya que la finalidad de la suspensión cautelar no es sólo el de asegurar la efectividad de la resolución principal, sino además, la de evitar que durante la pendency del proceso se puedan producir daños de imposible reparación; asimismo enfatiza el carácter provisional de la suspensión en amparo y que con esta, se pueden anticipar en ciertos casos algunos efectos de la resolución principal.

Gran hincapié hace el referido autor en la facultad que tiene el juez de analizar aunque sea superficialmente acerca de la constitucionalidad del acto cuya suspensión se solicita. Esta facultad podría fundamentarse, sostiene, en lo dispuesto por la Constitución en su artículo 107, fracción X. Agrega que cuando la Constitución se refiere a la naturaleza de la violación alegada implica que para decretar la suspensión se deberá estudiar su carácter, su peculiaridad, su importancia, su gravedad y su trascendencia social.

Es Fix Zamudio quien con mayor empeño ha tratado de desentrañar la naturaleza cautelar de la suspensión en amparo y es quién por primera vez en

la doctrina nacional hace alusión directa de las características y presupuestos de las medidas cautelares relacionándolas con la suspensión, iniciando una nueva escuela o corriente de pensamiento en el país.

En su obra *El juicio de Amparo*, publicada en 1964, sostiene que no se ha intentado una elaboración de la materia con base en los adelantos que la propia ciencia del Derecho Procesal ha alcanzado en relación con la doctrina de las medidas cautelares.

Explica cuáles son los presupuestos de las medidas cautelares relacionándolos con la suspensión en amparo, indica concretamente como opera el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, destaca además, sus características de instrumentalidad, provisionalidad y revocabilidad. Pero en donde se advierte que pone especial énfasis es en los efectos que produce la suspensión como medida cautelar, precisando que estos no únicamente consisten en conservar o paralizar la situación de hecho existente al momento de decretar la medida, sino que en ocasiones, la medida suspensiva produce efectos innovativos, es decir, que también puede asumir el carácter de una providencia parcial y provisionalmente restitutoria, pone como ejemplo, el caso de la libertad de un preso por efecto de la suspensión o el levantamiento de los sellos de un negocio clausurado.<sup>28</sup>

Otro jurista identificado con esta línea de criterio es Genaro Góngora Pimentel, quién en su obra *La suspensión en materia administrativa*, está acompañada de un apéndice intitulado *La apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado*; en este se refiere directamente a la teoría de las medidas cautelares, citando para ello básicamente la doctrina de Chiovenda, Calmandrei, Fix Zamudio y Chinchilla Marín.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964, págs. 277-278.

<sup>29</sup> Véase GONGORA PIMENTEL, Genaro David. *La Suspensión en Materia Administrativa*, 6ª Edición, Porrúa, México 2001, págs 153-155.

Fuera de sus consideraciones doctrinales, y convencido de la importancia y transparencia que tiene, el que la suspensión del acto reclamado en amparo se interprete y configure como una medida cautelar, con las características que a dicha medida le atribuye la moderna ciencia del Derecho Procesal, pasa de la teoría a la práctica y el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando todavía se desempeñaba como Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sostuvo una ponencia en 1993, que pasará posteriormente a formar parte de la jurisprudencia firme de la Suprema Corte, al resolver ésta la tesis por contradicción P./J.15/96, cuyo rubro es “SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE. SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DEL AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.”

En efecto, de manera muy detallada crea una tesis, en donde, funda los parámetros de cómo la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*, puede ser aplicada por los juzgadores al momento de dictar una medida cautelar e incluso en la suspensión del acto, cuando de las documentales ofrecidas como pruebas, e incluso sin ellas, se pueda apreciar una lesión a los derechos subjetivos de los gobernados.

Por último haremos mención de aquellos doctrinarios que no están de acuerdo que la suspensión del amparo le sean aplicables los principios de las medidas cautelares.

Es León Orantes quién en 1941 publica la 1ª edición de su obra *El juicio de Amparo*, al tratar de elaborar un concepto de suspensión del acto reclamado recurre a su acepción gramatical y no a la naturaleza de ésta medida.

Refiere que gramaticalmente suspender, del latín *suspendere*, entre otros significados tiene el de detener o diferir por algún tiempo una acción u obra; que



equivale pues a paralizar algo que está en actividad, en forma positiva; a transformar temporalmente en iniciación una actividad cualquiera.<sup>30</sup>

Establece que la Ley de amparo emplea la palabra en su fiel acepción gramatical; cuando habla de suspensión del acto reclamado no quiere decir otra cosa que paralización o detención del hecho estimado inconstitucional; no hay en el articulado de la ley ninguna ficción de carácter jurídico ni nada que aporte o amplíe en el terreno de amparo la concepción que la expresión tiene gramaticalmente.

Contra de lo anterior este autor señala: en otros casos en los cuales por virtud de la suspensión se puede restituir provisionalmente al quejoso en el goce de sus derechos, y lo justifica diciendo: el legislador se ha visto precisado a no ser del todo consecuente con el principio que rige la suspensión de actos que están por verificarse o ejecutándose; pero susceptibles materialmente de ser paralizados y ha supeditado la procedencia de la suspensión o de sus efectos restitutorios de la libertad al principio que en derecho penal rige respecto a la libertad provisional bajo caución.

Otro tratadista que podemos identificar dentro de esta corriente es don Mariano Azuela, quién en la segunda edición de la obra de Couto *Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en Amparo*, se acompaña de un juicio crítico de este tratadista el cual, aun cuando no representa su doctrina sobre la suspensión, en él expone los criterios que en esa época prevalecían en torno a dicha institución procesal.

Refería en aquel entonces Azuela: Nosotros creemos que la tesis de Couto es susceptible de aplicarse dentro del régimen de la legislación vigente exclusivamente por cuanto concierne a la clasificación del interés social en la

---

<sup>30</sup> Véase LEÓN ORANTES, Romeo. *El juicio de Amparo*, 3ª Edición, José M. Cajica Jr., Argentina, 1957, pág. 298.

ejecución del acto reclamado, pero que un principio general autorizando a los tribunales federales para emitir un juicio provisional sobre la constitucionalidad del acto reclamado, no encuentra apoyo firme en la legislación.<sup>31</sup>

Continúa diciendo que si la reforma Constitucional hubiera querido instituir modificaciones hubiera llamado la atención sobre este particular. A nuestra modesta mera de apreciar las cosas, sigue diciendo, que puede derivarse de un espíritu conservador o de miopía intelectual, si la fracción X del artículo 107 alude a la naturaleza de la violación alegada no lleva implícita ninguna idea sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto, sino que más bien utiliza la expresión violación como sinónimo de acto reclamado y propende a poner de acuerdo la norma constitucional con los muchos principios de la jurisprudencia que toman en cuenta la naturaleza del acto reclamado (ejecutado, de tracto sucesivo, positivo, negativo, prohibido, etc.) o su gravedad, para normar la procedencia de la suspensión.<sup>32</sup>

Por último y dada su gran trascendencia en materia de amparo, el ilustre jurista Burgoa Orihuela, ha sido uno de los autores que concretamente se oponen a que la suspensión en amparo se interprete conforme a los principios que rigen a las medidas cautelares, sostiene que la “suspensión como medida cautelar, con las modalidades que a esta institución atribuye la doctrina del derecho procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica”.<sup>33</sup>

Siguiendo en parte la doctrina de León Orantes, Burgoa sostenía que la Ley de Amparo emplea la palabra suspensión en su acepción gramatical, que implica la paralización o detención del hecho estimado inconstitucional. Burgoa, para elaborar un concepto de la suspensión en amparo, también empieza por analizar el significado gramatical de la expresión suspensión y luego traslada

---

<sup>31</sup> Op. Cit. Vid. Juicio Crítico de Mariano Azuela en la Introducción.

<sup>32</sup> En franca oposición a esta posición el ministro Genaro David Góngora Pimentel la objeta, cfr., GONGORA Pimentel Genero, Op. Cit., pág 711-713.

<sup>33</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, 28ª Edición, Porrúa, México, 1988.

sus razonamientos a esta institución. Así concluye: “es aquel proveído judicial, auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva, creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para el futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado”.<sup>34</sup>

Estima que la suspensión del acto reclamado en amparo, como medida cautelar con las modalidades que a esta institución atribuye la doctrina del Derecho Procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica, y agrega, la concepción de este distinguido tratadista (Fix Zamudio) es inadmisibles y solo puede explicarse por su afán de aplicar a las instituciones procesales del juicio de amparo las opiniones de doctrinas extranjeras que lo desconocen, no lo comprenden o no se refieren a él.<sup>35</sup>

No es verdad, puntualiza que la suspensión anticipe provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva, pues si por protección definitiva entiende Fix Zamudio el otorgamiento del amparo al quejoso contra el acto reclamado, dicha anticipación provisional equivaldría a su pre-estimación como inconstitucional, lo que es completamente ajeno a la suspensión, ya que ésta jamás aborda la cuestión de si tal acto se opone o no a la Ley Suprema.<sup>36</sup>

Por último, se puede decir que Burgoa Orihuela apreció el error en que incurrió, y aunque no de manera clara señaló que la medida cautelar era parte del sistema jurídico mexicano y con ello de la suspensión del acto impugnado. Se puede resumir que las medidas cautelares son, a nuestro parecer, el género al que pertenece la suspensión del acto en materia de amparo, desconocemos si la fuente de los doctrinarios que crearon el amparo conocían y si desarrollaron

---

<sup>34</sup> Ídem

<sup>35</sup> Ibidem., págs. 711-713

<sup>36</sup> Ídem

dicha institución con los fines de las medidas cautelares, así como con sus características; pero dicha institución en el derecho mexicano y su aplicabilidad, tienen tales características y fines.

Sin embargo, para que su aplicación se desarrolle de manera adecuada, dicha institución deberá adecuarse a los avances que en derecho procesal han tenido las medidas cautelares, dándole incluso efectos restitutorios y de hacer o no hacer en contra de la Administración Pública u Autoridad que pretenda realizar un acto que conlleve un daño inminente a los gobernados.

### **3.2.1 Requisitos para la suspensión que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo contempla.**

Recordemos que la medida cautelar es el género que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo establece, y por lo tanto, las reglas que se aplican a estas son también para la suspensión del acto impugnado.

En efecto, de la interpretación armónica de los preceptos que integran el capítulo III del título II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo denominado: "De las medidas cautelares", se concluye que el legislador previó en sus artículos 24 a 27 el procedimiento a seguir tratándose de las medidas cautelares en general, desde el acuerdo que admite el incidente de petición respectivo, el traslado que debe correrse a quien se impute el acto administrativo o los hechos objeto de la controversia, la solicitud del informe relativo que deberá rendirse en un plazo de tres días, hasta la resolución definitiva en que la Sala Regional decrete o niegue las medidas cautelares solicitadas que deberá dictar dentro del plazo de cinco días contados a partir de que se haya recibido el respectivo informe y su eventual revocación o modificación por motivo superveniente que lo justifique.

Por su parte, en su artículo 28 contempló específicamente la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado en el juicio de nulidad, cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, siempre que se cumplan los requisitos que señala, y estableció además en sus fracciones IX y XII, respectivamente, tanto la potestad del Magistrado instructor para decretar la suspensión provisional, como la de la Sala para modificar o revocar la sentencia interlocutoria que haya decretado o negado la suspensión definitiva, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique, y en la fracción VIII señaló que su trámite se sustanciará por cuerda separada y con arreglo a las disposiciones previstas en el aludido capítulo.

Esto es, el citado artículo 28 no regula un procedimiento específico para la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado respecto del resto de las medidas cautelares, sino que remite al procedimiento genérico contemplado en los artículos referidos en primer término, pues aun cuando la mencionada suspensión debe sustanciarse por cuerda separada y el Magistrado instructor, en el auto que la acuerde, podrá pronunciarse respecto a la suspensión provisional, siempre que se cumpla con los requisitos expresamente instituidos por el legislador, ello no obsta para que se cumpla con el resto de las etapas mencionadas del procedimiento general.

Es preciso señalar que las causas por las cuales se podrá solicitar son: cuando la autoridad demandada rechaza la garantía ofrecida, niegue la suspensión o reinicie la ejecución.

Por lo tanto, a solicitud de la suspensión se realiza ante la autoridad demandada, antes en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 208-bis se preveía que dicha suspensión se podría solicitar tanto en el Tribunal como ante la autoridad demandada, ahora es primero ante aquella y solo en los casos que se indicaron anteriormente se podrá solicitar ante el Tribunal.

De esta forma, la autoridad podrá determinar la garantía que cubra el adeudo del gobernado, recordando que pago no es consentimiento, y que incluso es un beneficio para el contribuyente ya que en forma paralela se puede pagar e impugnar el acto, el cual en caso de haber estado viciado de origen se declarara su nulidad y se solicitaría la devolución del pago realizado a la autoridad.

En este punto se puede decir que debido al principio de definitividad que priva en amparo, en caso de que la autoridad niegue la suspensión del acto, el gobernado no podrá acudir al amparo, como anteriormente se podría realizar, ahora previamente deberá acudir al Tribunal quién de confirmar la negativa, dará oportunidad a que se interponga dicho amparo.

Todos los que se presentaron ante la autoridad para solicitar la suspensión así como ofrecer la garantía, podrán acreditarlo ante el Tribunal, si existe, el documento donde conste que la autoridad rechazó la garantía, no concedió la suspensión o bien inicio la ejecución.

La Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo prevé en el cuerpo de su artículo 28 la facultad de que el Tribunal reduzca el monto de la garantía por dos razones: porque el monto de los créditos exceda la capacidad económica del actor, en este punto hay un error legislativo quién le nombra *quejoso* al solicitante de la suspensión siendo el vocablo utilizable solo para el amparo, ya que hay quejoso cuando hay amparo, y se establece que no puede haber amparo porque entonces sería improcedente la demanda de nulidad.

En este punto son interesantes los criterios que los Tribunales Colegiados están teniendo, en relación a los requisitos que prevé la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, ya que acorde con la mayoría es

procedente el amparo, para solicitar la suspensión, al tener mayores requisitos para el otorgamiento de la suspensión dicha Ley que la Ley de Amparo.<sup>37</sup>

Los legisladores han planteado aquí un problema; el particular debe demostrar su capacidad económica y también debe demostrar que los créditos exceden dicha capacidad económica. Si es un particular, con sus recibos de pago de nómina o sus declaraciones fiscales de sus ingresos, si es una persona moral, con sus estados financieros auditados por contador público autorizado del ejercicio anterior inmediato.

El segundo caso es cuando se trata del tercero distinto al sujeto obligado de manera directa o solidaria al pago del crédito. Esto ocurre cuando existe la responsabilidad solidaria. Por ejemplo, en comercio exterior cuando condenan

---

<sup>37</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Página: 1680, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE ENERO DE DOS MIL SEIS), EXIGE MAYORES REQUISITOS PARA LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, QUE LA LEY DE AMPARO. Amparo en revisión 345/2006. Pedro May Cruz. 14 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Carlos Cruz Razo. Secretaria: Marcia Nava Aguilar  
 Íbidem, Segunda Sala, pág. 1103, RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS. Contradicción de tesis 39/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Primero y Décimo Segundo, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco  
 Íbidem, Primera Sala, pág. 271, SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO IMPUGNADO. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, AL PREVER EN QUÉ CASOS PUEDE SOLICITARSE, NO VIOLA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. Amparo en revisión 287/2007. Antonio Sánchez de la Torre. 23 de mayo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.  
 Íbidem, Tribunales Colegiado de Circuito, pág. 2817, RECLAMACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. ES IMPROCEDENTE DICHO RECURSO CONTRA EL AUTO QUE DESECHA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. Amparo en revisión (improcedencia) 274/2007. Compañía Manufacturera de Plásticos del Sureste, S.A. de C.V. 11 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Gómez Argüello. Secretaria: María Guadalupe Rivera Martínez.

al importador y el agente aduanal, quienes tienen distintas capacidades económicas. Es importante hacer notar que, a diferencia de la demanda de nulidad, en el caso de que no se cumplan con todos los requisitos para admitir el incidente, la Sala competente deberá tenerlo por no interpuesto. Esto deberá ser perfeccionado la jurisprudencia del Tribunal, en virtud de que se trata de un caso de inequidad procesal, en el caso de que no se cumplan con todos los requisitos la Sala debe requerir al particular y otorgar un plazo de cinco días para que conteste el requerimiento y complete su solicitud; cuestión que de no acatarse su sanción sería tenerlo como no presentado.

Sin embargo, es importante que mientras esta situación no se equilibre, el escrito debe reunir todos los requisitos determinados por el artículo 24 de la multicitada Ley. Asimismo deberá el escrito indicar los hechos y los motivos por los que se solicita la medida cautelar, pero debe ser una exposición clara, sobre hechos objetivos y cuantificables, y no sobre apreciaciones subjetivas y futuristas. Debe indicar porque son necesarias, y expresar las consecuencias en el caso de que se negaran dichas medidas. Un punto a señalar es que la Ley dispone que el actor debe aportar garantía suficiente para reparar los daños y perjuicios que cause el hecho de que la autoridad no ejecute el acto del que se reclama la suspensión, pero preocupa el hecho de que utilice el vocablo *bastante*, en virtud de que se trata de una palabra con una gran carga de subjetividad: ¿Para quién es bastante? ¿Para los magistrados será lo mismo *bastante* que *suficiente*?

Empeora el asunto cuando la disposición establece que en caso que no se pueda cuantificar, la Sala podrá fijar la cantidad *discrecionalmente*, pero si el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene un gran prestigio por la objetividad de sus decisiones ¿podrá ejercer facultades discrecionales? Consideramos, aportando en este punto, que la discrecionalidad deberá ser sobre bases objetivas y no como producto de la libre apreciación de los magistrados que tomen la decisión.



### **3.3 Comparación de la suspensión en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley de Amparo.**

La Ley de Amparo en su Título Segundo Capítulo III De la Suspensión del acto reclamado, que abarca del artículo 124 al 144, establece los requisitos para la obtención de la suspensión.

Por su lado, la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en sus artículos 24 al 28 del Título II Capítulo III Las Medidas Cautelares, establece los requisitos para éstas, siendo como ya se apuntó el artículo 28 el único para la suspensión.

Los requisitos para conceder la suspensión del acto reclamado que la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo establece, a saber son:

*1) Circunscribe la posibilidad de solicitar la medida cautelar a los supuestos en que la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución;*

*2) Obliga al solicitante a ofrecer, en su caso, las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de la garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución;*

3) Obliga a ofrecer garantía mediante billete de depósito o póliza de fianza, para reparar los daños o indemnizar por los perjuicios que pudieran causarse a la demandada o terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio -debiendo expedir dichos documentos a favor de las partes demandadas-;

*4) Constríñe a exponer en el escrito de solicitud de suspensión, las razones por las cuales se considera que se debe otorgar la medida cautelar y los perjuicios que se causarían en caso de la ejecución de los actos cuya suspensión se solicite;*

*5) Condiciona el otorgamiento de la suspensión a que, sin entrar al fondo del asunto, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto impugnado; y,*

6) Establece que se otorgará la suspensión si la solicitud es promovida por la autoridad demandada por haberse concedido indebidamente.

Por su parte, la Ley de Amparo establece dos formas de suspender el acto reclamado, de oficio o a petición de parte, los cuales tienen como requisitos los siguientes:

La suspensión a petición de parte está sujeta a requisitos de procedencia y de efectividad; los primeros están constituidos por aquellas condiciones que deben reunirse para que surja la obligación jurisdiccional de conceder la suspensión; mientras que los segundos implican aquellas exigencias que el agraviado o quejoso debe llenar para que surta efectos la suspensión otorgada.

Por su parte, la suspensión de oficio se concederá cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y cuando se trate de algún otro caso que si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

Pero para la procedencia de la suspensión debe fundarse en tres condiciones concurrentes que son:

a) que los actos contra los cuales se haya solicitado dicha medida cautelar sean ciertos;

b) que la naturaleza de los mismos permita su paralización; y,

c) que se satisfagan los requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, es decir, que lo solicite el agraviado, que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público y, por último, que los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto sean de difícil reparación.

Por lo tanto, del análisis comparativo entre La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley de amparo, se puede apreciar que aquella en su artículo 28 exige mayores requisitos para la suspensión de los actos impugnados, que los establecidos en la Ley de Amparo, por lo siguiente.

Conforme a lo dispuesto por el párrafo primero de ese precepto, se entiende que el demandante, para solicitar la suspensión en el juicio de nulidad, está obligado a acudir previamente ante la autoridad administrativa correspondiente a pedir la suspensión de la ejecución del acto que considere le agravia, ya que sólo en la hipótesis de que la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, que son los tres supuestos a que se refiere el párrafo primero, podrá el afectado solicitar en el juicio de nulidad la suspensión de la ejecución de dicho acto.

Lo anterior evidentemente entraña un requisito mayor; por su parte, en la fracción III del numeral de referencia, se exige como requisito para la procedencia de la suspensión, aportar las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución; en tanto

que en la fracción VII, se impone al solicitante la obligación de exponer las razones por las cuales considera que debe otorgársele la suspensión y los perjuicios que se le causarían en caso de ejecutarse los actos cuya suspensión solicite; mientras que en el inciso c) de la fracción IX, se establece que el Magistrado instructor podrá decretar la suspensión provisional del acto impugnado, siempre y cuando con esa medida cautelar no se afecte al interés social, no se contravengan disposiciones de orden público ni quede sin materia el juicio y se esté en los supuestos a que se refieren los tres incisos siguientes a la fracción en comento, relativo el inciso c), a que se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto administrativo impugnado, por lo que tendrá que ser notoria y manifiesta la ilegalidad del acto administrativo impugnado en el juicio de nulidad, para que pueda concederse la suspensión del mismo.

En cambio, en la Ley de Amparo no se prevé como requisito o condición para la procedencia de la suspensión, el ofrecimiento de pruebas documentales, ni se exige que el agraviado, en el escrito respectivo exponga las razones que a su parecer, justifiquen por qué solicita la medida suspensiva, y los posibles perjuicios que con la ejecución del acto impugnado pudieran originársele; además, si bien se prevé la aplicación del criterio de la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, no se establece como condición o requisito para la procedencia de la suspensión que sea evidente la ilegalidad del acto reclamado, sino como un medio para poder apreciar, en determinados casos, si es procedente la concesión de esa medida cautelar atendiendo a la ilegalidad manifiesta del acto impugnado y a los daños que pudiera originar para el agraviado su ejecución y la tardanza en resolver en definitiva sobre dicho acto.

En tales condiciones, se concluye que son mayores los requisitos establecidos en el artículo 28 de la ley invocada a los exigidos en la Ley de Amparo para la suspensión de los actos reclamados, quedando por lo tanto a juicio del foro las adecuaciones de las disposiciones a la Ley de Amparo, o en su caso, la tan anhelada reforma a la Ley de Amparo adecue la tramitación de la suspensión a

las características de las medidas cautelares, añadiendo los avances que en derecho procesal esta figura ha alcanzado y facultando a los jueces y ministros la oportunidad de una verdadera justicia provisional.

Ante esta situación, se advierte que se actualiza la excepción al principio de definitividad prevista en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, por lo que al actualizarse la excepción al principio de definitividad aludido, es factible acudir directamente al juicio de amparo sin agotar previamente el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Ahora bien, desde el punto de vista procesal, la suspensión de los efectos del acto 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 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”.<sup>38</sup> 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

---

<sup>38</sup> Op. Cit. Pág. 53.

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.

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 que en la sentencia [...] se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.

El principio del debido proceso que contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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, acorde con la tesis que referimos pronuncio el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito y que la Corte la elevó a Jurisprudencia, donde quedó plasmada la necesidad de impartir una verdadera justicia provisional a los gobernados. Como analizaremos en el siguiente capítulo es el desarrollo natural de la medida en otras latitudes, el obligar a la autoridad a actuar en cierto sentido, siempre que la actividad a imponer este reglada.

## **CAPÍTULO 4**

### **LA MEDIDA CAUTELAR EN MÉXICO.**

#### **4.1 Las Medidas Cautelares en el Derecho Comparado.**

El derecho comparado, como tal, es la observancia de una figura jurídica en las disposiciones de dos Estado, y su aplicabilidad que en ambos Estados realizan los órganos jurisdiccionales, así como su mejora, adecuación o modificación, de dicha figura jurídica, ya sea mediante los criterios del poder judicial emita sobre dicho tema, o en su caso, de acuerdo a la paxis jurídica en los Tribunales que realizan los postulantes, partes y jueces. En este caso, no se realiza una comparación de Estado a Estado, sino que se toma como referencia a toda una comunidad, que ha previsto en su ordenamiento la figura jurídica a estudio amalgamando los avances y mejoras que las legislaciones locales han realizado en la materia.

Un paso especialmente trascendente en materia cautelar se ha dado cuando se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de algunos países (España, Francia, Alemania, Italia) que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido éste como garantía constitucional de todo ciudadano. Esto se ha dado en llamar por la doctrina como constitucionalización de la tutela cautelar, lo cual trae consigo importantes consecuencias jurídicas.

La consecuencia es que en el procedimiento contencioso administrativo europeo dentro de los ordenamientos jurídicos de los países miembros, la tutela cautelar se encuentra establecida en la mayoría de constituciones, lo que obliga a jueces y magistrados a emplearlas a favor de sus gobernados.

Nosotros señalaremos cuales son los órganos jurisdiccionales encargados de la legalidad en el contencioso administrativo de la comunidad europea, cual es la

competencia de cada uno de ellos y en contra de que actos o disposiciones son procedentes los recursos previstos por las normas que rigen el sistema comunitario.

En el ámbito comunitario se identifican, de manera general, tres procedimientos: los llamados recursos directos, los recursos por incumplimiento y las llamadas cuestiones prejudiciales, en los cuales los órganos jurisdiccionales comunitarios han desarrollado su doctrina en torno a las medidas cautelares, basados por supuesto en los avances de la ciencia jurídica de los países integrantes.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, es competencia tanto del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas como del Tribunal de Primera Instancia garantizar el cumplimiento y la correcta aplicación del derecho comunitario.

El control de la legalidad de los actos u omisiones de las instituciones comunitarias o sus agentes o de un Estado miembro, así como el control de conformidad a derecho en la aplicación e interpretación de las normas del Tratado de la Comunidad Europea, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los estatutos, los reglamentos, directivas y decisiones vinculantes se atribuye en primera instancia al Tribunal de ese nivel, salvo las competencias exclusivas que el Estatuto del Tribunal de Justicia reserva al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Los recursos que nombra como directos el Tratado de la Comunidad Europea son: el recurso de anulación, el recurso por omisión y el recurso de indemnización.

Por su parte los nombrados como recursos por incumplimiento son aquellos en el que un Estado miembro de la comunidad considera que otro Estado miembro



ha incumplido alguna de las obligaciones que se establecen en virtud del Tratado de la Comunidad Europea.

Por último, las cuestiones prejudiciales se fundan en las hipótesis que marca el Tratado, en especial el artículo 234<sup>39</sup>, que dice:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del Tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la comunidad europea y por el Banco Central Europeo.
- c) Sobre la interpretación de los estatutos orgánicos creados por un consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Ahora bien en el marco de los procedimientos antes referidos, es decir, tanto en los recursos directos, recursos por incumplimiento como en los recursos prejudiciales, es posible la adopción de distintos tipos de medidas cautelares.

En el artículo 242 establece: “los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, *ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado*”.

Por su parte en el artículo 243 dispone: “el Tribunal de Justicia podrá ordenar *las medidas provisionales* necesarias en los asuntos de que este conociendo.”

Es importante distinguir aquí que, tratándose de cuestiones prejudiciales planteadas ante los Tribunales de justicia de las comunidades europeas, no corresponde a estos tribunales la adopción de medidas cautelares, sino al

---

<sup>39</sup> Vid. Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de Niza, *in fine*.

órgano jurisdiccional nacional, de un Estado miembro, que es quién somete a consideración del Tribunal de Justicia Comunitario la cuestión prejudicial.

Además de las disposiciones previstas en el Tratado de la Comunidad Europea, las medidas cautelares están reguladas por el Protocolo del Estatuto de Tribunal de Justicia y los reglamentos de procedimiento tanto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como del Tribunal de Primera Instancia.

Al efecto, el artículo 39 del Estatuto hace cuatro precisiones: la primera que refiere que el procedimiento para la adopción de medidas cautelares será abreviado; la segunda nos recuerda que en el procedimiento cautelar no se aplicarán, en lo que sea necesario, algunas normas previstas en el Estatuto; la tercera indica que la resolución pronunciada en sede cautelar será provisional, y la cuarta, que nos parece particularmente trascendente dentro de la doctrina de las medidas cautelares, es la que alude a que la resolución de las medidas cautelares “no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal de Justicia en cuanto al asunto principal”.

Y decimos que nos parece especialmente trascendente porque al estar previsto con carácter previo en la legislación que con la resolución cautelar no se prejuzgará la decisión de fondo, limita en gran medida la clásica interpretación restrictiva que acostumbran los tribunales nacionales (pertenecientes a la Unión Europea) para denegar la medida cautelar con el argumento de que se estaría anticipando la resolución del juicio en lo principal, primer avance notable de este tema, ya que solo consideran que están garantizado la finalidad de la resolución que se emita.

Entendemos que el estudio del ordenamiento comunitario es mas factible de utilizar, al prever de manera general, lo que en los países se ha realizado de manera particular, esto es, los avances que en los Estados miembros de la

Comunidad en materia de medida cautelar se ve reflejado a nivel Comunitario a través de los criterios emitidos por los Tribunales comunitarios.

Es preciso señalar que los avances que ha tenido, en cuanto, como aplicar la apariencia del buen derecho por parte del derecho español, ha sido observado por los tribunales comunitarios, como una garantía que la resolución que se emita no sea ilusoria, por el deseo de impartir justicia se le cause un daño por el solo transcurso del tiempo, cuando quien promueve es quién tiene la razón.

Asimismo las demás características que las medidas cautelares observan como son: su instrumentalidad, su provisionalidad, su revocabilidad, la medida provisional no prejuzga de modo alguno la decisión sobre el fondo, amplía las facultades del juez, todas ellas establecidas de una u otra manera en los ordenamientos de los países a que se ha hecho referencia.

A manera de acotamiento, se precisa que la Constitución española vigente en su artículo 24.1 es el fundamento, según criterio de la doctrina y la jurisprudencia, de la tutela judicial efectiva en dicho Estado, entendida como las medidas apropiadas que aseguren el cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

En ese orden de ideas se sostuvo por la medida cautelar debe concederse a quién exhiba en sus pretensiones de fondo la apariencia del buen derecho, apoyada en el principio de *fumus boni iuris*, que se ha de analizar a partir de un examen provisional y sumario de la hipótesis de que la sentencia pueda ser favorable a quién solicita esa medida; esto es, que se hace un juicio de probabilidad y de verosimilitud sobre el derecho del demandante, y en consecuencia, sobre las posibilidades de éxito de la misma.

Asimismo, la medida cautelar admite la posibilidad de adoptar cualquier medida, no solo suspensivas sino positivas, necesarias para asegurar la plena

efectividad de la sentencia de fondo, que en su caso pueda recaer en el proceso principal, esta doctrina que tiene su origen en los postulados de Chiovenda<sup>40</sup>, donde se proyecta como la necesidad de adoptar medidas que impliquen adelantar en el tiempo el beneficio de una hipotética sentencia favorable, muchas veces por la duración del proceso, a fin de evitar que en su caso la sentencia favorable al administrado que se dicte en el fondo no provoque una frustración al contar con la decisión a su favor, pero inejecutable en la realidad.

Otros puntos que prevé el derecho español, referente en especial, a la suspensión del acto impugnado son que en un principio se consideró, al igual que la Constitución Europea, como algo excepcional, ya que se partió del principio general de ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones de la administración, posición que por supuesto ha sido superada.

De igual forma se consideraba que era improcedente conceder la suspensión contra actos denegatorios, expresos o presuntos, porque era ajeno a la naturaleza de suspensión como medida cautelar, dirigida al mantenimiento del estado de las cosas; ya que de concederse más que paralizar los efectos de los actos impugnados, traería consigo la creación de una situación nueva.

Por lo anterior, se sostuvo la posibilidad de acordar medidas cautelares positivas, consistentes en imponer a la administración una conducta determinada, positiva u omisa, mientras se sustancia el proceso principal, concretamente cuando el administrado tiene como pretensión de condena o prestación en el juicio contencioso administrativo.

En cuanto a la garantía el contencioso español, avanzó al considerar en un principio, que cuando el daño y perjuicio que podían derivar de la ejecución del acto o disposición de la administración fueran susceptibles de ser reparados

---

<sup>40</sup> Op. Cit. pág 138.

económicamente, la suspensión no era procedente, dando por supuesta la solvencia de aquélla.

Posteriormente, revisados estos criterios se arribó a la conclusión que la mera posibilidad de que puedan ser evaluados y reparados económicamente los daños y perjuicios no pueden llevar a la negativa de la suspensión porque la tutela jurisdiccional debe operar sobre los derechos e intereses en conflicto, posibilitando al final el disfrute de éstos y no una indemnización equivalente en sustitución de éstos.

Por último, se solicitaba que la apariencia del acto combatido fuese nulo de pleno derecho, lo cual era demasiado difícil, ya que para la certeza de que los actos sean ilegales, es mediante el análisis de fondo de dicho asunto así como de que no siempre es notable a primera vista, lo anterior debido a la accesoriedad de la medida y de la limitación de no prejuzgar el fondo del asunto, cuestiones que como ya se mencionó los prevé la Constitución Europea. Lo hasta aquí expuesto, ocurre o ha ocurrido en nuestro derecho lamentablemente no de manera tan avanzada como en aquellos, en algunas ocasiones y en otras ni siquiera se ha estudiado.

Por lo tanto para la comparación de las medidas utilizadas en otros ordenamientos se vera conforme a los siguientes criterios a seguir, como son las medidas cautelares nominadas e innominadas, en cuanto a su forma; las medidas conservativas e innovativas, en cuanto a sus efectos; y por último las que protegen, ya sea bienes, personas o el aseguramiento de pruebas; y claro esta, las llamadas positivas.

Esta clasificación es aceptada en su mayoría por los tratadistas de los diversos países que estudian esta figura procesal, y que, consideramos adecuada para el desarrollo de este trabajo, aclarando que en la mayoría de casos las clasificaciones obedecen a intereses de quién la realiza, es un hecho subjetivo,

por lo que nos apegamos a la que consideramos útil a nuestro propósito, dejando en claro que existen diversas y muy variadas clasificaciones.

#### **4.1.1 Por su forma.**

Las medidas cautelares pueden ser clasificadas desde distintos puntos de vista, como ya se mencionó, por lo que en primer término pasaremos a realizar su estudio por su forma.

##### **4.1.1.1 Nominadas e Innominadas**

Se denominan medidas cautelares genéricas o innominadas a aquellas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica y a cuyo respecto resulten insuficientes o excesivas las medidas contempladas en la ley.

La medida cautelar genérica constituye una norma de clausura del sistema cautelar establecido, de contenido infinito, en tanto permite encuadrar en su seno la enorme variedad de hechos y situaciones que pueden presentarse en la realidad del proceso judicial, no sólo permite el dictado de cualquier medida de naturaleza cautelar no prevista sino que además, permite que se decrete una medida nominada o típica cuando la plataforma fáctica del caso no encuadra en el presupuesto de una medida prevista legalmente.

En ese orden de ideas, en contraposición de las innominadas, las nominadas son las taxativamente determinadas por la legislación procesal, que las identifica y regula separadamente. En México y acorde con lo establecido en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, ambas están consideradas en este ordenamiento, al generalizar el artículo 24 del ordenamiento en comento, las medidas cautelares que pueden aplicarse; y por

otro lado, determina específicamente la suspensión del acto, artículo 28 del mismo ordenamiento.

#### **4.1.2 Por sus efectos.**

Por efecto entendemos aquella producción de consecuencias jurídicas que producen con su determinación, y estos pueden ser:

##### **4.1.2.1 Conservativas e Innovativas.**

La función cautelar se caracteriza por ser conservativa o aseguradora del derecho, de manera que sólo se requiere la apariencia que existan intereses sustanciales, que en doctrina se conoce como el *fumus bonis iuris*, lo cual no requiere de certeza del derecho sino de la posibilidad o probabilidad de la existencia del mismo, además del llamado *periculum in mora*, es decir, del hecho natural o voluntario que es capaz de producir un daño.

Carnelluti<sup>41</sup> había esbozado esta distinción entre el proceso cautelar conservativo y el proceso cautelar innovativo. La diferencia es que en el primero, se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal, mientras que en el segundo la técnica consiste en disponer, desde el inicio, un determinado cambio en el estado de hecho. La calificación de cautelares o asegurativas, que es sinónimo, es la más apropiada para indicar estas providencias, porque la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra el peligro determinado es común en todas.

Pero como se ha venido señalando no todas las medidas cautelares son conservativas, pudiendo la cautela consistir en ciertos casos no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. También

---

<sup>41</sup> Ob. Cit. pág. 147.

bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre una providencia principal y se coordina con ella.

En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar apunta a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos, pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya 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. Sobre la base de tales consideraciones se pueden diferenciar las providencias cautelares en conservativas e innovativas. Así la medida cautelar innovativa no tiende a mantener la situación existente sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente al momento de su dictado.

La fundamental distinción entre proceso cautelar conservativo y proceso cautelar innovativo es, que mediante el primero se trata de conservar – inmovilizar- una situación de hecho, para impedir los cambios que después pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal. En cambio en el segundo, una vez que se produce la integración de la relación jurídica procesal mediante la demanda, contestación de la demanda, nuevas vinculaciones surgen entre las partes, quienes no pueden cambiar el estado de las cosas litigiosa, es decir, innovar.

Surge como consecuencia de esto, la prohibición de innovar, la cual es considerada como una medida subsidiaria, pero ello no impide que sea complementaria de otra. Debe tenerse cuidado porque a veces se emplea la



expresión prohibición de no innovar, que como consecuencia quiere decir todo lo contrario a lo que la medida pretende. La prohibición de innovar alcanza la prohibición de modificar el estado de hecho existente, al tiempo de iniciarse el proceso. Accidentalmente puede entenderse a actos anteriores al proceso definitivo, como ser las medidas que pueden llegar a tomarse en una acción de amparo, dado que ella no haría cosa juzgada respecto del fondo del pleito.

#### **4.1.3 En razón a lo que se pretende proteger.**

En cuanto su objeto o finalidad, las medidas se pueden clasificar en: medidas para asegurar bienes, medidas de aseguramiento de pruebas y medidas cautelares sobre las personas.

En cuanto a su finalidad, están las que tienen que por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes, entendida esta expresión en sentido amplio, que a su vez pueden dividirse en medidas para garantizar la ejecución forzada, el mantenimiento de un determinado estado de hecho o de derecho, o ya para otorgar publicidad al litigio. Por otro lado, se hallan medidas que tiene por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes. Esto no significa que una misma medida no pueda cumplir con ambas finalidades.

##### **4.1.3.1 Protección de bienes.**

Estas son aquellas destinadas a asegurar la eficacia del proceso de ejecución; así el embargo –preventivo, ejecutivo o ejecutorio- y la administración, cuando se emplea por vía sustitutiva del embargo. Aquí también cabe ubicar a la inhibición, al procurar impedir que el deudor transfiera o grave bienes sujetos a ejecución y el secuestro o inhibición dictado en el concurso mercantil.

Una particular especie representan las medidas genéricas asegurativas destinadas a mantener los bienes o las cosas en status quo, a conservarlas, a fin de que oportunamente puedan servir a la ejecución forzosa. Aquí se enuncian la prohibición de innovar y contratar, la anotación de litis y la administración de bienes sociales.

#### **4.1.3.2 Protección de personas.**

Reguladas por el derecho de familia en particular; así los alimentos provisorios; la exclusión del cónyuge del hogar; medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar; guarda de menores e incapaces, entre otras.

#### **4.1.3.3 Aseguramiento de Pruebas.**

Es como una forma judicial de constituir las previamente, con la reserva de considerarlas, como una prueba de anticipar el tiempo y no una medida cautelar. Estas se aseguran por el temor de que las desaparezcan o porque al no mantenerse en resguardo las mismas no se podrían valorar al momento de dictar la resolución de fondo, al no existir medios de convicción que acrediten el dicho del promovente o demandante ante el juzgador, lo cual traería invariablemente un gran daño a la parte oferente, que de esta forma se le afectará, ante la desaparición de dichos medios de prueba.

## **4.2 Medidas Cautelares que establece la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en México.**

Las medidas que se encuentran contempladas en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo son las denominadas generales o innominadas, aunque también se emplean las nominadas, como es la suspensión del acto impugnado.

Dentro de estas medidas cautelares se encuentran las denominadas positivas que excluyen a su contraparte las medidas cautelares negativas, las cuales analizamos a continuación.

### **4.2.1 Negativas.**

Las medidas cautelares con carácter negativo, que proceden contra actos administrativos positivos de la autoridad; estas se denominan como la suspensión de la ejecución del acto reclamado o como la suspensión de los efectos de la disposición de carácter general, es decir, exigen una omisión que evite perjuicios al demandado.

Una de las dificultades clásicas del sistema cautelar, en el ámbito del derecho administrativo es la siguiente: si dictado el acto y antes que el interesado pueda articular su cuestionamiento y solicitar su suspensión, la Administración, lleva adelante la ejecución del acto, el particular a la luz de la cierta interpretación verá clausurada definitivamente la posibilidad de obtener alguna medida cautelar.

Esto es así porque en la mayoría de ordenamientos se desprende, que la medida en ellos prevista, comprende sólo a los actos administrativos pendientes de ejecución, mas no a los ya ejecutados. Ello porque la norma faculta al Tribunal a acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones

reclamadas cuando su cumplimiento pudiese producir perjuicios irreparables, lo que supone que el acto aún no ha sido ejecutado y los perjuicios aún no se han producido.

Asimismo se puede interpretar que cuando el acto administrativo ha sido ya íntegramente agotado y consumado, no hay materia a la cual aplicar la suspensión y que la única manera de cancelar los efectos ya cumplidos del acto impugnado sería el disponer su anulación o revocación con efecto retroactivo, lo que no es congruente con la naturaleza del remedio cautelar previsto en la legislación procesal, tanto administrativa y fiscal, que son materia de este estudio.

No es difícil advertir las consecuencias que derivan de este criterio. La intervención judicial no alcanza a evitar el daño; su actuación que, cada vez más, tienden a ser urgentes y de carácter preventivo, queda relegada a un rol histórico y reparador y, en fin, se obliga a litigar soportando los efectos de la ejecución de un acto cuya anulación puede ser dispuesta por el tribunal en la sentencia de mérito, ignorándose la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado o el carácter reparable o no de los perjuicios.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia, ha señalado la existencia de actos negativos con efectos positivos partiendo del conocimiento de los actos negativos; asimismo, los ha definido como; aquellos actos aparentemente negativos, pero que tienen efectos positivos. La limitación de estos actos estriba en los efectos que producen, que se identifican con los efectos producidos por los actos positivos, y que se traducen en actos efectivos de las autoridades que tienden a imponer obligaciones a los individuos. Es decir, se diferencian de los actos negativos, en los efectos positivos, que se traducen en actos efectivos de las autoridades apartándose del rehusamiento que caracteriza a los actos puramente negativos.

Cabe precisar que en materia contenciosa administrativa no es factible observar el daño en comparación de reparación en vía pecuniaria, ya que a veces se podría confundir derechos con beneficios. Por lo tanto, las medidas cautelares negativas son aquellas que detienen la actuación de la autoridad administrativa en el ámbito de su competencia, antes de que se considere como un acto consumado, y por lo tanto es susceptible de suspenderse.

#### **4.2.2 Positivas.**

La medida cautelar positiva, se puede considerar como una cautela que puede ser invocada por los administradores en un proceso contencioso administrativo, para hacer ejecutar provisionalmente lo que ha sido denegado o prohibido por un acto administrativo, mientras transcurre el proceso principal en que se ha impugnado el acto aludido. Esta medida cautelar tiene su fundamento en el hecho de que la suspensión resulta una medida ineficaz frente a actos administrativos denegatorios de derechos.

La suspensión de la ejecutividad opera, fundamentalmente, respecto de los actos administrativos de limitación o gravamen, por lo que carece de eficacia en los casos de inactividad administrativa no limitadora o interventora. Por lo que para garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso administrativo no existe otra opción que reconocer al órgano jurisdiccional potestades para adoptar otras medidas cautelares, adecuadas al contenido del acto o disposición objeto de impugnación y al objeto de la pretensión.

Así por ejemplo, un servidor público que es sancionado disciplinariamente con la destitución del cargo que tenía, y éste antes de que le sea aplicada dicha sanción, impugna ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa el acto administrativo en el que se le impuso la sanción citada, y solicita la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, si le es concedida por la Sala Regional respectiva sigue trabajando mientras el proceso continúa, en

virtud de que la suspensión cumplió con su finalidad: dejar en el estado en que se encontraban las cosas antes del proceso.

Ahora piénsese en el caso de que un órgano administrativo competente deniegue a un gobernado la autorización o permiso para que trabaje como prestador de servicio de transporte aéreo, por ejemplo fumigación aérea, o bien prohíbe a un gobernado la importación de bienes, verbigracia productos medicinales. En estos casos, los afectados, en caso de impugnar los actos respectivos, no podrán solicitar la suspensión, en tanto que esta medida resulta ineficaz, puesto que si su finalidad es dejar las cosas en el estado que guardaban antes de iniciarse el juicio contencioso administrativo significa que los gobernados aludidos no tienen permiso para prestar el servicio de fumigación aérea y, en su caso, el de importar las medicinas.

Así las cosas, dada la ineficacia de la suspensión respecto de los actos administrativos denegatorios o prohibitivos es menester contar con medidas cautelares positivas que suplan la inoperancia de la suspensión, es decir que donde no cabe suspender, por ser de contenido negativo o prohibitivo lo que un acto administrativo dispone, se realice temporalmente lo denegado o prohibido mientras el proceso principal sigue su curso y termina con la sentencia.

Las medidas cautelares con carácter positivo, que procede contra actos administrativos de carácter negativo, son aquellas donde la medida cautelar exige una acción que evite perjuicios al demandado. Por lo tanto, reciben el nombre de medidas positivas aquellas en virtud de las cuales el administrado, lesionado en sus derechos por un hecho negativo de la Administración, tanto por el silencio como en vía de hecho, procura que el órgano judicial competente ordene a esta última llevar a cabo una determinada acción, cuando la mera suspensión de los efectos de ese acto no resultaría eficaz para hacer el perjuicio.

Consisten, por lo tanto, en la imposición de una obligación de hacer en cabeza de la autoridad administrativa. Por principio, debe tratarse del ejercicio de actividad reglada. Es claro que si se tratar de facultades discrecionales una orden de esta índole supliría ilegítimamente el criterio u oportunidad que cabe a la Administración, lo que sólo es viable ante la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

A veces suele confundirse a las medidas cautelares positivas con las medidas cautelares innovativas, pero existen diferencias. Para entender las diferencias, cabe definir a estas últimas como un remedio excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retraigan los resultados consumados de una actividad de igual tenor. En otros términos, se trata de que la autoridad administrativa haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.

Si bien es cierto que las medidas cautelares positivas deben consistir en la imposición de una obligación de hacer y que no habría obstáculo para que una innovativa tuviera idéntico contenido, la distinción fundamental que existe entre ambas estriba en la diferente situación de hecho o de derecho en que se deja al administrado. Al petitionar una innovativa, o de no innovar retroactiva, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud, es decir, que se reestablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración.

Por el contrario, si se persigue la obtención de una cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de que gozaba tanto antes como después del acto que lo perjudicó.

**PROPUESTA:****Actos contra los que proceden las Medidas Cautelares.**

A continuación trataremos de ejemplificar las medidas cautelares, adecuadas según nuestro criterio para cada uno de los probables actos administrativos, que puede conocer el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, incluso con la nueva Sala Regional Metropolitana especializada en propiedad intelectual.

**A) Créditos Fiscales.**

Como todos sabemos los créditos fiscales son los que tiene derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

En contra los créditos fiscales la medida cautelar por excelencia es la suspensión del acto impugnado al mantener las cosas en el estado en que se encuentran antes y durante el juicio contencioso administrativo.

Pero hay ocasiones en que aún tratándose de créditos fiscales, podría aplicar alguna otra medida, ya que dentro de los actos administrativos que facultan la leyes a las autoridades fiscales, se encuentra el Procedimiento Administrativo de Ejecución y el Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, los cuales son los medios por los cuales las autoridades administrativas pretenden cumplimentar sus resoluciones de manera coactiva.

Cuando se tratan de los supuestos marcados tanto en el Código Fiscal de la Federación como en la Ley Aduanera, se podría en algunos casos sufrir una



complementación la medida cautelar, esto es, no solo mantener el estado en que se encuentran las cosas, como lo realiza la suspensión, sino además, como lo permite la Ley, aplicar alguna otra medida que dada la prolongación del tiempo y la verosimilitud del derecho pudiere evitar los daños y perjuicios que las partes pudieran sufrir.

En efecto, no solo el promovente del juicio puede sufrir daños y perjuicios, que en la mayoría de los casos sucede; pero, en los tiempos actuales y dado el enorme perjuicio que sufren el Estado por parte de las direcciones jurídicas o departamentos legales que *defienden* sus intereses, ya que el número de juicios que pierde es enorme, al litigar un juicio que se perderá de manera inminente o dada la carga administrativa tan torpe y sosa que produce el que no pueda exhibir las pruebas que acrediten los extremos de sus afirmaciones.

Entonces, no solo suspender los efectos del acto impugnado es suficiente, sino que además hay casos en que se podría otorgar una medida cautelar como por ejemplo; la liberación de mercancías ante una falla de forma en el llenado del pedimento, por medio de una garantía pecuniaria forzosa para el promovente, lo cual traería como consecuencia, que al liberarse la mercancía la misma no sufra daños, y por tanto no sea ilusoria la sentencia que se emita, ya sea porque la mercancía materia del juicio ya no es comerciable o en su caso es rechazada por el importador al no tener las condiciones en que se almacenaron al momento de iniciar el Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, lo cual trae como consecuencia una doble carga al Estado; la pérdida del juicio y el pago de daños y perjuicios.

Como este ejemplo se podrían encontrar más, por lo que el Tribunal previendo el daño que sufrirá el Estado dadas las pretensiones del administrado y las defensas de las unidades administrativas, que en el transcurso del juicio pudieren llevarle a tomar las medidas necesarias para el otorgamiento

anticipado de lo que se pretende obtener y aplicando una medida cautelar que complementara la suspensión concedida, con efectos incluso restitutorios.

### **B) Aprovechamientos.**

Por aprovechamientos entendemos que son los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Entendemos de igual forma que los aprovechamientos son considerados de acuerdo a lo enunciado en el apartado anterior como un crédito fiscal y por lo tanto el medio para garantizarlo es el mismo que para aquellos, a través de los que señala el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación.

Hay que hacer notar que incluso las llamadas multas administrativas que son distintas de las fiscales, se encuadran dentro de este tipo de recaudación a que el Estado tiene derecho, y por lo tanto deberá de garantizarse, pero dado que de acuerdo al Código Fiscal Federal no son susceptibles de actualizarse ni de recargos, por lo que a diferencia de los anteriores, no es procedente la complementación de la suspensión del acto con alguna otra medida, ya que el daño o perjuicio que sufrirán las partes es menor. Así la medida cautelar para este tipo de actos es la suspensión del acto impugnado.

### **C) Sanciones por Responsabilidad de Servidores Públicos.**

Las sanciones que se dan en contra de los servidores públicos son la amonestación tanto pública como privada, la suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año; la destitución del puesto, la sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar

empleos, cargos o comisiones en el servicio público, según la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Hay como se puede ver sanciones disciplinarias y otras que son consideradas graves que se pueden aplicar conjuntamente una y otra, al no ser opuestas unas y otras, o solo aplicar una de ellas.

Por el procedimiento que se lleva ante las contralorías internas la mayoría de casos que en realidad merecen una sanción no se produce, existiendo casos en donde el servidor no se adecua a la forma de trabajar de los jefes o demás compañeros, siendo ello motivo para que a la primera queja en contra de éste tipo de servidores se inicie el procedimiento sancionador.

Ante ello, se inicia un procedimiento inquisitorio que produce un daño al servidor que se viene señalando, al aplicarle una sanción, procedimiento donde, en la mayoría de casos, no se procura llevar de manera adecuada respetando todas y cada una de las garantías procesales que tenemos todos los gobernados.

Situación por la cual se puede impugnar dicho acto ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, quién por cierto es autoridad para aplicar la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, por lo que se le podrán aplicar las medidas cautelares que se vienen estudiando en este trabajo, para suspender o modificar la situación de hecho.

Si bien la suspensión es contra actos anteriores a una resolución y que ésta no se haya ejecutado, lo que ocurre en el procedimiento sancionador a estudio, es que al momento de acudir al Tribunal Federal, el acto puede que ya se haya consumado o este en vía de producirse.

Efectivamente cada de los supuestos que se apuntaron ya pudieron haberse actualizado y producido por lo que la suspensión es poco productiva para dichos actos.

En este caso, las medidas cautelares positivas podrían evitar un daño a dicho gobernado y prever mediante una orden de hacer u omisión de la autoridad responsable, la garantía de tutela efectiva.

En efecto si nos remontamos a lo que se estableció como finalidad de la medida cautelar positiva, se podrá apreciar que cumpliría con el fin de garantizar la materia del juicio principal, sin que ello sea una carga más para el gobernado.

La amonestación, la suspensión, la destitución, la sanción económica y la inhabilitación se producen por lo general antes de acudir al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por lo que la medida positiva producirá la inejecutividad del acto impugnado, restituyendo a una situación de derecho nueva al gobernado, previendo tanto el daño al interés general como a terceros.

Al aplicar una medida positiva la Sala deberá ordenar a la autoridad demandada, dejar de aplicar la sanción impuesta por el órgano interno de control o contraloría interna, dejando abierta la posibilidad de aplicar otra medida cautelar que modifique o complemente la ya ordenada.

Con ello, el servidor que haya sido sancionado por el órgano interno de control o la contraloría interna, tendrá la posibilidad, sino le fue dada, de una debida defensa, e incluso sin perder la forma de obtener ingresos para su subsistencia, ya que no siempre será la pretensión principal en estos casos la declaración de nulidad de la sanción, sino que el procedimiento que se llevo a cabo para su aplicación y por lo tanto de todo lo actuado con sustento en aquello.

Se menciona, como un paréntesis, que en algunos casos la premisa que se utilizaba para obtener la suspensión, era que ante la resolución que determinaba la separación o inhabilitación del servidor público se le impedía y se le limitaba para la obtención de sus alimentos y se decía que ese era su único medio de supervivencia y de obtener recursos económicos, produciéndose con ello una violación a sus garantías individuales del gobernado, previstas en el artículo 5º Constitucional, cuestión que la Corte modificó al sentenciar que el interés general está sobre el de un particular, lo que se traduce en que se produciría un daño mayor al interés general que el que sufrirá dicho particular.

Cuestión esta que sentimos, es poco exagerada, ya que cabrían las siguientes interrogantes ¿quién defiende el interés general? ¿Cómo acredita su personalidad? ¿siendo un tópico difícil de definir, en que sentido será estudiado al momento de preservarlo? ¿esta garantía a la colectividad en verdad le interesa?; consideramos que si bien es cierto que el interés general es superior al particular, ello no acontece en el caso, ya que el servidor público cumple con fines del Estado y no siempre podría causarle un daño ya que en la realidad cotidiana no se le reinstala en el puesto que ocupaba sino en uno diverso.

Es así como las medidas positivas tendrán una aplicación sobresaliente tanto en estos casos como en otros.

#### **D) Licitaciones.**

La licitación pública son aquellos actos realizados por las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, donde contraten adquisiciones, arrendamientos y servicios, convocando a diversos ofertantes de las adquisiciones, arrendamientos y servicios, que necesiten para el desempeño de sus actividades, quienes les proponen diversos precios y marcas para cumplir con lo solicitado en la convocatoria por las instituciones contratantes.

¿En las licitaciones que medidas cautelares se pudieran aplicar directamente?, ninguna, pero en el juicio donde se impugna una sanción a los participantes de una de aquellas, si se le podría otorgar en algunos casos algunas medidas cautelares.

Por ejemplo, cuando le faltase algún dato del concursante que previamente lo solicitó a una dependencia y que por tal motivo es descalificado de la convocatoria donde concursaba, ordenándole a aquella que emita el documento o acredite lo que le ha sido solicitado, en este caso el Tribunal actúa como un órgano controlador de las leyes administrativas.

### **E) Propiedad Intelectual.**

Materia harto complicada, ya que como es conocido, esta materia es de carácter internacional, puesto que la mayoría de dispositivos se prevé por tratados en los que el Estado Mexicano es parte, además de la Ley de Propiedad Intelectual.

La materia ha estudiado evolucionó así como la impartición de justicia, la creación por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de una Sala especial, para el conocimiento y resolución de estos juicios es sobresaliente, ya que demuestra el cuidado que se ha puesto para este tipo de asuntos.

Que medida cautelar puede aplicarse a quienes litigan en esta materia, pues son diversos los casos que se pueden actualizar, desde nuestro punto de vista todas.

Por lo general se litiga el uso indebido de marcas, licencias o permisos, ya sea por utilizar sinónimos, similares u parecidos a los ya registrados, causando por ello un daño.

Las partes que litigan en estos procesos son a saber tres: la actora, la demandada y el tercero, como generalidad, aunque hay casos que solo el actor y la demandada, por ejemplo cuando niega un registro.

Sucede que en ocasiones las autoridades registran la patente de una persona física o moral, la cual explota el producto de la patente; de manera por demás ilógica existe una persona que después de este suceso obtiene una licencia del mismo producto, marca u utensilio que fue patentado, sin el consentimiento de quién legítimamente lo tiene. Que pasa al momento de litigar, ¿qué actuación realizará la Sala del conocimiento para inhibir la actividad a todas luces ilegítima de quién tiene la licencia o le dará preferencia a aquel sobre el que ostenta la patente sino la explota?

Consideramos que en estos casos priva el derecho de quién tiene el registro de la patente para conseguir, mediante la medida cautelar positiva, la actuación de la autoridad en el sentido de inhibir la conducta que le lesiona por el tercero que ostenta la licencia. En efecto, si la ley otorga a las Salas aplicar las medidas cautelares aplicables a cada caso para mantener la materia del juicio, la suspensión no sería aplicable ya que esta dirigida a la autoridad para que cese en su intento de continuar en el cumplimiento de su resolución y no en contra de la actividad de un particular.

En contra la medida cautelar positiva es para que la Sala perteneciente al Tribunal ordene una actividad a la autoridad, ya sea positiva u omisa, en este caso positiva, es decir en un hacer, para que ordene la emisión de la suspensión de la licencia hasta en tanto se puede acreditar que fue otorgada por quién legítimamente tiene derecho, y en contra de quién ostenta la patente ordene garantizar el pago de daños y perjuicios que pudiese ocasionar en caso de perder el asunto como tercero; además que se deberán aplicar los demás presupuestos de las medidas cautelares.

## CONCLUSIONES.

¿Que tan importante es la aplicación de las medidas cautelares en el contencioso administrativo federal? Es la pregunta con que iniciamos la presente investigación, ya que considerábamos que no podía ser la suspensión del acto impugnado el único medio para garantizar la ejecutividad de las resoluciones que emitieran las autoridades federales en la materia.

1. Esperando haber contestado a la interrogante, se puntualiza que para nosotros es trascendental, que dicha medidas cumplan con su finalidad que es garantizar la ejecutividad de la sentencia que se emita para resolver el fondo del asunto y que la misma no se haga ilusoria para quién la solicita.

2. La adecuada aplicación de las medidas cautelares es para garantizar la justicia provisional, que todos los gobernados del Estado Mexicano necesitan, para sentir que efectivamente el estado de derecho existe como principio rector en la impartición de justicia.

3. Que existen medios en las leyes, en este caso la contenciosa administrativa, que otorgan un adelanto, en lo posible, de sus pretensiones y que además prevé el daño que el tiempo mismo para resolver el asunto le cause a dicho gobernado, con la anticipación que se haga, aunque sea de manera provisional, del asunto llevado a juicio.

4. Al cumplirse con lo fines que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 17 se estará más cerca de consolidar el estado de derecho mexicano y la confianza en sus instituciones por parte de los gobernados.

5. Las medidas cautelares eran contemplados por los Romanos aunque con sus particularidades, siendo acogido por otros ordenamientos quienes lo



evolucionaron y perfeccionaron dentro de la materia procesal, en especial en materia civil.

**6.** Este desarrollo se importó a otras materias, cubriendo a todas con sus principios rectores de la medida cautelar, como son su instrumentalidad, su proporcionalidad, su flexibilidad, su autonomía en cuanto a su tramitación, la oportunidad en la solicitud así como la solicitud de parte.

**7.** Por ello concluimos, de lo expuesto en el primer capítulo, que en el derecho mexicano se encuentra previsto en el artículo 17 Constitucional el fundamento de las medidas cautelares así como que su naturaleza es procesal, y tiene como finalidad garantizar la ejecutividad de la resolución, que se emita en los juicios que este conociendo el juez o magistrado que resuelva, la cual no se vuelva ilusoria.

**8.** Permittiéndonos expresar nuestro concepto de medida cautelar como aquella figura procesal que garantiza la ejecutividad de la sentencia que se dicte en el juicio principal donde se solicite, ya sea por un juez o magistrado, procurando evitar daños innecesarios a las partes ante la tardanza en la emisión de la resolución o por su ejecución, a quién tiene la razón en dicho juicio.

**9.** Consideramos que la legislación de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo es un acierto en el derecho procesal, ya que evoluciona las posibilidades que los magistrados, en materia contenciosa administrativa, tienen al momento de plantearles un asunto los medios procesales y jurídicos para garantizar la resolución que emitan así como los daños que le pudieran causar a las partes en litigio por el simple transcurso del tiempo o por el acto mismo.

**10.** Consideramos que se adecua a la teoría contemporánea en materia procesal, dejando margen para el análisis y adecuación de algunos

presupuestos en la materia; como por ejemplo que límites tendrá en el contencioso administrativo el *fumus bonis iuris* o *periculum in mora*, que si bien se han estudiado no se conceptualizan en dicha legislación.

**11.** Además que en la doctrina nacional no se ha estudiado a la suspensión del acto, con base en los presupuestos de las medidas cautelares, que a nuestra consideración son el genero, las segundas de las citadas, y la especie, la primera de las citadas.

**12.** Por tanto, para una adecuada aplicación de las medidas cautelares es necesario que se asimilen los conocimientos que en otros Estados tienen de la figura a estudio, en consecuencia el derecho comparado será la doctrina que los juristas, doctrinarios, litigantes y sobre todo jueces y magistrados, deberán de tomar en un principio, para formarse un criterio y después encausarlo de la mejor manera en el contencioso administrativo mexicano y tal vez a todo el derecho procesal mexicano.

**13.** Coincidimos en que la forma, en que se estableció en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo las medidas cautelares fue adecuada ya que abarca las estudiadas en diversos países, como son las innominadas o generales, la nominadas, las positivas y las negativas, que si bien no se citan en su contexto se entiende de sobremanera que se tratan de este tipo de medidas.

**14.** Por último, consideramos que será mucho el avance que mediante esta figura jurídica se logrará en materia contenciosa administrativa, ya que deja abierto un abanico enorme de posibilidades para que los Magistrados de las Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa garanticen la efectividad de las sentencias que emitan en los procesos que conozcan, ya no solo en materia fiscal sino ahora también en materia administrativa.

**15.** Consideramos que los avances no se necesitan solo por parte de los Tribunales, sino que las partes necesitan coadyuvar para el desarrollo de la figura jurídica, como lo son las medidas cautelares, se dice por algunos litigantes que los criterios que emiten los juzgados, Tribunales y Salas del Poder Judicial así como de los Contenciosos Administrativos, es parte de los argumentos que las partes embozan en sus demandas.

Si no se da esa conjunción entre litigantes e impartidores de justicia, estos serian simples aplicadores del derecho y aquellos solo promoventes de los llamados tramitológicos, y no verdaderos juristas, lo cual produciría un sistema cerrado y formalista en la impartición de justicia.

**16.** La aplicación de las medidas cautelares positivas es un avance significativo para el proceso contencioso administrativo y reforzara la credibilidad con la que cuenta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa logrando con ello una adecuada impartición de justicia provisional, ya que el no sólo hará cesar las actividades de las autoridades donde sus resoluciones denegatorias, ya sean expresas o presuntas, empezarán a disminuir al saber estás que el Tribunal goza de la posibilidad de ordenar que cumpla con una disposición que le regula una determinada actividad.

**17.** En conclusión, pugnemos por una impartición de justicia provisional garante de la efectividad de las sentencias que se emitan por los juzgados o tribunales, ya sea para reconocer un derecho o imponer una obligación, pero dicha tutela judicial efectiva pueda ser no sólo una ilusión al momento de dictarse, sino en ese cause llamado procedimiento, nos adelante con su brisa el reconocimiento del derecho invocado, o en su caso, proteja lo que se persigue y ante la notoriedad de la ilegalidad del acto, actúe conforme a lo preceptuado por la ley y a los avances que las figuras procesales como la medida cautelar tiene.

## FUENTES CONSULTADAS

BACRE, Aldo, Medidas Cautelares, La Rocca, Argentina, 2005.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Proceso de Cristo: Monografía Jurídica Sinóptica, Porrúa, México, 2001.

Una nueva Ley de Amparo o la Renovación de la Vigente, Porrúa, México, 2001.

El Juicio de Amparo, 28ª Edición, Porrúa, México, 1988.

CALAMENDREI, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Tr. de Santiago Sentis Melendo, Porrúa, México, 1998.

CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del Proceso Civil, tr. Santiago de Sentis Melendo, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1973.

CASTRO y CASTRO, Juventino Víctor, La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo, 11ª edición, Porrúa, México, Distrito Federal, 2000.

Los Poderes Políticos en la Constitución, Porrúa, México, 1987.

La Mutación Estructural del Derecho en México, Porrúa, México, 1982.

Garantías y Amparo, 11ª Edición, Porrúa, México, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de Derecho Procesal Civil, tr. y compilación Enrique Figueroa Alfonso, Pedagógica Iberoamericana, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, 1995.

COUTO, Ricardo, Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en Amparo, 4ª Edición, Porrúa, México, 1993.

DE LAZZARI, Eduardo Néstor, Medidas Cautelares, 3ª Edición, Platenense, Argentina, 2000.

FIX ZAMUDIO Héctor, Medidas Cautelares, Diccionario Jurídico Mexicano, 3ª Edición, Porrúa, México, 1989.

El Juicio de Amparo, Porrúa, México, 1964.

Ensayos Sobre el Derecho de Amparo, 2ª edición, Porrúa, México, 1999.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, La Suspensión en Materia Administrativa, 1ª y 6ª Edición, Porrúa, México, 1993 y 2001.

La suspensión del acto reclamado, Porrúa, México, 1998.

KIELMANOVICH, Jorge, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000.

LEON ORANTES, Romeo. El Juicio de Amparo, 3ª Edición, José M. Cajica Jr., Argentina, 1957.

MARGADANT S, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, 20ª Edición, Esfinge, Naucalpan, Estado de México, 1994.

MORENO CORA, Silvestre, Tratado del Juicio de Amparo conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales, edición facsimilar de 1992, impreso en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1929.

NORIEGA, Alfonso, Lecciones de Amparo, 2ª Edición, Porrúa., México, 1980.

OVALLE FAVELA, José, Teoría General del Proceso, 5ª Edición, Oxford University Press, México, 2001.

PODETTI, Ramiro, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, Argentina, 1995

SABA SÁNCHEZ, Pascual, Práctica Procesal Contenciosa-Administrativa, Bosch, España, 2006.

TRUEBA, Alfonso, La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo, Nueva Colección de Estudios Jurídicos, JUS, México, 1975.

VALLARTA OGAZÓN, Ignacio Luis, Cuestiones Constitucionales, Tomo Primero, México, 1894.

VEGA, Fernando. Nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales, Porrúa, México, 1993, Que corresponde facsimilarmente con el texto de la obra publicada en 1883.

## **LEGISLACIONES**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo

Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

Ley de la Propiedad Intelectual

Código Federal de Procedimientos Civiles

Tratado de la Comunidad Europea

Tratado de Niza

Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia.