

**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLAS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**TÍTULO:
“PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCEDIMIENTO LABORAL. OPOSICIÓN Y NULIDAD EN EL
PROCEDIMIENTO CAUTELAR LABORAL”.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN REALIZADO PARA LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO POR:**

LIC. SALVADOR ALEJANDRO PÉREZ CONTRERAS

**DIRECTOR DE TESIS:
MTRO. EMMANUEL ROA ORTÍZ**

MORELIA, MICHOACAN

JUNIO DE 2006

Índice

Portada -----	I
Oficio de aprobación de tesis -----	II
Acta de dictamen del jurado previo -----	III
Oficio de impresión y encuadernación -----	VII
Resumen en idioma inglés -----	XIII
Introducción -----	XV
Protocolo de Investigación -----	XX

CAPÍTULO UNO **Teoría general de las medidas cautelares**

1.1 Origen histórico de las medidas cautelares -----	1
1.2 Denominación -----	2
1.3 Conceptos sobre las medidas cautelares -----	6
1.4 Objeto de las medidas cautelares -----	12
1.5 Clasificación de las medidas cautelares -----	19
1.6 Características de las medidas cautelares -----	21
1.6.1 Jurisdiccionalidad -----	22
1.6.2 Dispositividad -----	22
1.6.3 Instrumentalidad -----	22
1.6.4 Provisionalidad y temporalidad -----	24
1.6.5 Accesoriedad -----	25
1.6.6 Inaudita parte -----	26
1.7 Presupuestos sobre las medidas cautelares -----	27
1.7.1 El periculum in mora -----	28
1.7.2 El fumus boni iuris -----	31
1.7.3 La caución -----	33
1.7.4 Proporcionalidad o interés general -----	36
1.8 Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil español -----	37
1.8.1 Antecedentes de la legislación en España -----	38
1.8.2 Roma -----	38
1.8.3 España -----	40
1.9 Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España -----	46
1.9.1. Fundamento constitucional de las medidas cautelares en España -----	52
1.9.2. Necesaria instancia de parte en las medidas cautelares -----	54
1.9.4. Solicitud de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil -----	56
1.9.5. Vista para la audiencia de las partes en la Ley de Enjuiciamiento Civil -----	57

1.9.6 Oposición a las medidas cautelares de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española -----	59
1.9.7 De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares -----	60
1.9.8 Sobre las medidas cautelares específicas en la Ley de Enjuiciamiento Civil -----	61
1.10 Los presupuestos de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil -----	67
1.10.1 Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares -----	69
1.10.2 Momentos para solicitar las medidas cautelares -----	69
1.11 Reglas para determinar la competencia de los tribunales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil -----	70
1.12 Resoluciones judiciales sobre medidas cautelares en España -----	71
1.13 Tratamiento de las medidas cautelares en los Códigos Federales Civil y de comercio -----	74
1.14 Las medidas cautelares en la jurisprudencia mexicana -----	82
1.15 La uniformidad en el tratamiento de las medidas cautelares en la legislación procesal mexicana -----	85
1.16 Conclusiones -----	89

CAPITULO DOS

La Ley Federal del Trabajo y la protección de los derechos laborales

2.1 Antecedentes históricos del derecho laboral en México -----	91
2.1.1 Las garantías sociales en Francia -----	92
2.1.2 Las garantías sociales en México -----	97
2.2 La declaración de derechos sociales de 1917 -----	100
2.3 Naturaleza de la garantía social -----	104
2.4 La Ley Federal del Trabajo de 1931 -----	108
2.5 Nacimiento de las autoridades laborales -----	111
2.5.1 La federalización de la legislación laboral -----	112
2.5.2 La nueva ley laboral de 1970 y sus reformas -----	114
2.6 La relación de trabajo como orden jurídico del derecho social -----	121
2.6.1 Elementos de la relación laboral -----	123
2.7 El contrato de trabajo -----	125
2.7.1 El objeto del contrato de trabajo -----	129
2.7.2 Derechos y obligaciones que nacen del contrato de laboral -----	130
2.7.3 Condiciones generales del trabajo -----	132
2.8 La estabilidad en el empleo -----	136
2.8.1 Concepto de estabilidad laboral -----	137
2.9 La duración de los contratos de trabajo -----	138
2.9.1 Contrato por obra determinada -----	139
2.9.2 Contrato por tiempo determinado -----	140
2.9.3 Contrato por tiempo indeterminado -----	140

2.10 Terminación laboral -----	141
2.10.1 Rescisión laboral -----	142
2.11 Conclusiones -----	144

CAPITULO TRES

El derecho procesal laboral y las medidas cautelares

3.1. Derecho procesal laboral -----	146
3.2. El Proceso -----	147
3.3. El Proceso y procedimiento -----	149
3.4. El Proceso como relación jurídica procesal -----	150
3.5. El proceso laboral -----	152
3.6. La representación en el proceso laboral -----	156
3.7. El proceso cautelar -----	157
3.8. Naturaleza jurídica del proceso cautelar -----	161
3.9. Las medidas cautelares en materia laboral -----	163
3.10. Objetos de las medidas cautelares en material laboral -----	169
3.11. Naturaleza jurídica del proceso cautelar laboral -----	172
3.12. Procedimiento actual de las providencias cautelares en la Ley Federal del Trabajo -----	174
3.13. Conclusiones -----	180

CAPÍTULO CUATRO

La oposición a las medidas cautelares en el derecho laboral

4.1. Los conflictos laborales -----	185
4.2. Los medios de impugnación laborales -----	186
4.3. Los recursos -----	187
4.4. Clasificación de los recursos -----	189
4.5. Los incidentes -----	191
4.6. Finalidad del incidente -----	193
4.7. Incidentes de previo y especial pronunciamiento y por cuerda separada -----	196
4.8. El Incidente de nulidad -----	198
4.9. El Incidente de falta de personalidad y personería -----	200
4.10. Incidente de incompetencia -----	200
4.11. Incidente de recusación -----	202
4.12. Tramitación incidental laboral y civil -----	203
4.13. El Incidente de reclamación en el proceso cautelar civil -----	207
4.14. Distinción entre recursos y medio de impugnación -----	208
4.15. Los incidentes en el derecho laboral -----	210

4.16. Clasificación de los Incidentes laborales -----	213
4.17. Trámite de los incidentes en materia laboral -----	216
4.18. La revisión en materia laboral -----	217
4.19. El incidente en el nuevo procedimiento cautelar laboral -----	225
4.20. El aviso de rescisión como medida cautelar laboral -----	229
4.20.1. Causas de rescisión previstas en la Ley Federal del Trabajo -----	232
4.20.2. Trámite del aviso de rescisión -----	240
4.20.3. El aviso de rescisión cautelar laboral -----	243
4.20.4. Reforma al artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo con respecto al aviso de rescisión -----	246
4.21. Conclusiones -----	248

CAPITULO CINCO

La nulidad como sanción en el proceso cautelar laboral

5.1. Preliminares: los hechos jurídicos -----	252
5.2. División de los actos jurídicos -----	253
5.3. Concepto de acto jurídico -----	255
5.3.1. Condiciones de existencia y de validez del acto jurídico -----	256
5.4. Terminología de la nulidad -----	259
5.4.1. Definición de nulidad -----	259
5.4.2. Teoría tripartita de Julián Bonnecase -----	260
5.5. Antecedentes históricos de la nulidad -----	264
5.5.1. Causas de las ineficacias pretorias -----	267
5.5.2. Ineficacias creadas por el derecho consuetudinario -----	270
5.5.3. Las nulidades en el derecho del bajo imperio romano -----	272
5.5.4. Las nulidades en el antiguo derecho francés -----	273
5.5.5. Las ineficacias en el derecho del periodo feudal -----	275
5.5.6. El derecho canónico y el problema de las nulidades -----	279
5.5.7. El periodo monárquico -----	281
5.5.8. Las nulidades según los autores del siglo XVII -----	283
5.5.9. Las nulidades según los autores del siglo XVIII -----	284
5.5.9.1. nulidad absoluta -----	284
5.5.9.2. Las nulidades relativas o respectivas -----	285
5.6. Las nulidades procesales -----	286
5.7. Presupuestos procesales -----	286
5.8. Concepto y naturaleza de la nulidad procesal -----	289
5.9. Violación de las formas procesales -----	295
5.10. Clasificación de la nulidades procesales -----	296
5.11. Principios rectores de la nulidad en las actuaciones procesales -----	302
5.12. La nulidad a instancia de parte -----	305
5.13. La declaración de nulidad -----	305
5.14. Medios para declarar la nulidad -----	307
5.15. Efectos de la declaración de nulidad -----	308

5.16. Defectos en la constitución de la relación procesal -----	308
5.17. Inexistencia, nulidad y anulabilidad -----	310
5.18. La nulidad en el remedio cautelar laboral -----	312
5.19. Efectos de la resolución en el incidente de oposición -----	315
5.20. El beneficio social respecto a las medidas cautelares en el ámbito laboral -----	320
5.21. Conclusiones -----	323
CONCLUSIONES -----	326
PROPUESTAS -----	335
Bibliografía -----	336

Resumen en inglés

The preventive measures in labor matter are found currently in an absolute disuse, since they do not comply with the end for the one that were established in the Federal Law of the Work, besides to be requested and adopted under an orderly little plan and coherent.

It is necessary that include themselves some preventive measures that been standardized in their concept, characteristic, budgets and with it to lead to a true preventive procedure.

For such motive, the Federal Law of the Work requires that be counted in our labor legislation with legal tools that face the national challenges and to the problems that in the working-management sector they are seen more marked due to the lack of a more modern labor legislation, where an efficient and efficient process include itself, where the labor culture be one more obligation that a right.

Before that challenge, the Federal Law of the Work needs to include an autonomous preventive procedure that air since the concept of the preventive measures, its characteristics and budgets, with the middle of challenge that the person can resort against who preventive measures were adopted and among others effects that these can be annulled, under certain requirements, that are universal principles of the right.

Currently the labor preventive measures are tried superficial way by the doctrine, for which itself him has not been offered the importance that should have.

The Federal Constitution, in agreement al principle of supremacy, consecrated in the article 133, is the only pact that to regulate the social, economic, and political relations in Mexico, being derived the same, regulation laws that will not be able to

contravene it, as well as the international treaties that be subscribed, what permits to establish the respect to the guarantees of the citizens.

Because of it, the social justice is essential to guarantee a permanent peace and economic and political stability from among the factors of the production, since is indispensable to lend attention to each social phenomenon that itself present, which can impact in a regional or national explosive of instability.

Before such commitment, the interest inside the labor branch by the processing arises, study and development on the preventive measures, and to establish that this figure tends to guarantee a future labor credit, before the threat that a process delay, or well that danger by the presumed economic insolvency of the management part exist.

It is fundamental to establish that the Federal Law of the Work does not contemplate the nullity, like sanction to the adoption of the preventive measures, and low that circumstances is possible to annul them, this understanding also the supposed that should be accredited for its origin.

By this, the preventive measures as you help of the social justice, they offer the security to do cash a judgment, but attending to the labor practice they are found currently in an absolute disuse, since they do not comply with the end for the one that were established in the Federal Law of the Work.

Introducción

El objetivo del presente estudio, es analizar si el procedimiento que prevé la Ley Federal del Trabajo relativo a las medidas cautelares cumple con su finalidad, comenzado por su concepto, características y presupuestos, que permita establecer que se cuenta con un auténtico proceso cautelar, que brinde la seguridad y confianza de garantizar una efectiva tutela laboral, mismo que atienda a las necesidades propias de la justicia laboral en nuestro país.

Por esto, existe el interés por desarrollar el tema, para conocer sus alcances actuales, su tratamiento y sus repercusiones en las relaciones entre trabajadores y patrones.

En el actual sexenio, se ha tenido el propósito por reformar la Constitución Política Federal, así como leyes y reglamentos que de ella emanan, con el fin de que permitan activar varios sectores de la sociedad, principalmente el económico. Aspecto en donde la Ley Federal del Trabajo juega un papel fundamental.

Es por ello, que nuestra Carta Magna, de acuerdo al principio de supremacía, que se consagra en el artículo 133, es el único pacto que regula las relaciones políticas, económicas y sociales en México, derivándose las leyes reglamentarias, mismas que no podrán contravenirla, así como los tratados internacionales que se suscriban, lo que permite establecer el respeto a las garantías de los ciudadanos.

La Constitución Política Mexicana garantiza afianzar la justicia social y promover el bienestar general de todos los habitantes de la Nación Mexicana quienes gozan del derecho a trabajar en sus diversas formas, gozando de la protección laboral en sus relaciones con las empleadoras por medio de la Ley Federal del Trabajo.

En este sentido, corresponde al Congreso de la Unión impulsar reformas, iniciativas y propuestas que conduzcan al desarrollo humano, al progreso económico, donde prevalezca la justicia social y la generación de empleo, así como la formación profesional de los trabajadores.

Además los representantes populares deben legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Federal.

Por ello, la justicia social es esencial para garantizar una paz permanente y estabilidad política y económica, entre los factores de la producción, ya que es indispensable prestar atención a cada fenómeno social que se presente, el cual puede incidir en un detonante de inestabilidad regional o nacional.

Ante ese reto, la importancia de que Ley Federal del Trabajo cuente con instrumentos procesales que hagan de la justicia social una herramienta confiable para los justiciables, donde se garanticen los principios y derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que revisten una importancia y significado peculiares, reafirmando la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscriptos en la Constitución Mexicana.

Si bien es cierto que el Derecho del Trabajo ha evolucionado por circunstancias históricas, también es verdad que ese desarrollo ha creado condiciones que se han venido plasmando en la Ley, por ello, la necesidad de que se actualice la norma laboral a situaciones no previstas por la realidad social.

Ante tal compromiso, surge el interés dentro del ramo laboral por el tratamiento, estudio y desarrollo sobre las medidas cautelares, y observar si esta figura procesal tiende a garantizar un presunto derecho laboral, ante la amenaza de que un proceso demore, o bien que exista peligro por la presunta insolvencia

económica de la parte patronal, pero para lograr ese fin resulta necesario profundizar en el tema, y conocer como se encuentra actualmente en la Ley Federal del Trabajo.

Lo anterior nos permitirá determinar si existe un verdadero proceso cautelar laboral, que tienda a que se respeten los derechos de los trabajadores, y cuyas medidas cautelares que se adopten, a nivel interno o externo, permitan su plena efectividad.

En este sentido, el analizar el tema de las medidas cautelares en materia laboral, así como el tratamiento que contempla actualmente la Ley Federal del Trabajo, si este se integra con un procedimiento, la forma en que se desarrolla, los efectos de su trámite, y los propios de la resolución que se emita por la autoridad laboral.

Asimismo, será interesante conocer si el medio de impugnación que prevé la ley laboral se encuentra bien regulado en su integridad sistemática funcional, esto es, tanto en su denominación, procedimiento y resultado.

Es fundamental establecer si actualmente la Ley Federal del Trabajo contempla la nulidad, como sanción a la adopción de las medidas cautelares, y bajo que circunstancias es posible anularlas, esto comprendiendo también los supuestos que se deben acreditar para su procedencia.

Por tanto, el estudio de las medidas cautelares nos permitirá conocer a detalle como contempló el legislador a las medidas cautelares, y si ha cumplido con las expectativas dentro de la justicia laboral.

Máxime que no es posible ignorar, cuando el compromiso asumido por el legislador es el de afianzar la justicia, en un orden democrático, con la persona humana como centro, brindando igualdad de oportunidades para todos, y donde es necesario redoblar los esfuerzos por la tutela judicial efectiva.

Las autoridades laborales deben asegurar que la Ley Federal del Trabajo cumpla con el respeto a los derechos de los trabajadores, donde tal exigencia actual para las Juntas de Conciliación y Arbitraje, a quiénes se exige protagonismo, función directiva, creatividad, preocupación por el proceso justo, garantía de la defensa en juicio y sobre todo que se cumpla la efectiva tutela en la resolución laboral, donde exista equidad, imparcialidad y protección a los derechos de los trabajadores.

Por esto, las medidas cautelares como auxiliares de la justicia social, brindan la seguridad de hacer efectivo un laudo, pero atendiendo a la práctica laboral se encuentran en la actualidad en un absoluto desuso, ya que no cumplen con el fin para el que fueron establecidas en la Ley Federal del Trabajo, además de ser solicitadas y adoptadas bajo un esquema poco ordenado y coherente.

Es necesario que se cuente con unas medidas cautelares que se uniformen en su concepto, características, presupuestos y con ello dar pie a un verdadero procedimiento cautelar.

Por tal motivo, la Ley Federal del Trabajo se encuentra en esa tesitura, por lo que es necesario que se cuente en nuestra legislación laboral con una adecuación a la figura procesal de las medidas cautelares que permitan hacer frente a las necesidades propias del sector, para una mejor impartición de justicia laboral.

Esto puede facilitar que los problemas que se presenten en el sector obrero-patronal se vean aminorados ante la actualización de la legislación laboral, que la haga más moderna y segura, al contar con un proceso cautelar eficaz, que de confianza a los justiciables.

Por ende, el que se cuente con un adecuado procedimiento cautelar permite entre otras cosas, que se recurra más a las medidas cautelares pues daría garantía jurídica y seguridad legal ante los cambios imprevisibles que se den en las fuentes de empleo.

La Ley Federal del Trabajo al contar con un procedimiento cautelar bien estructurado hace ágil y veraz la justicia procesal laboral, donde atendiendo a las circunstancias del caso se garanticen los derechos de los trabajadores, sin afectar el derecho de audiencia de la parte patronal.

Ante ese reto, resulta importante el estudio de las medidas cautelares laborales, su procedimiento actual, su concepto, sus características y presupuestos, las consecuencias que pueden derivar de la adopción de medidas cautelares y los medios de defensa que se establecen en la Ley Federal del Trabajo contra su otorgamiento, así como los efectos que surte.

1.1. Justificación del Problema

Las medidas cautelares en materia laboral se encuentran en la actualidad en un absoluto desuso, ya que no cumplen con el fin para el que fueron establecidas en la Ley Federal del Trabajo, además de ser solicitadas y adoptadas bajo un esquema poco ordenado y coherente.

Es necesario que se cuente con unas medidas cautelares que se uniformen en su concepto, características, presupuestos y con ello dar pie a un verdadero procedimiento cautelar.

Nuestro sistema jurídico mexicano se encuentra en un momento en el cual se pretende llevar a cabo una serie de reformas a la Constitución Política y leyes que de ella emanan, así como a códigos y reglamentos federales, que permitan activar varios sectores de la sociedad, principalmente el económico.

Por tal motivo la Ley Federal del Trabajo se encuentra en esa tesitura, por lo que se requiere que se cuente en nuestra legislación laboral con herramientas legales que hagan frente a los retos nacionales y a los problemas que en el sector obrero-patronal se ven más marcados debido a la falta de una legislación laboral más moderna, donde se cuente con un proceso eficiente y eficaz, donde la cultura laboral sea más una obligación que un derecho.

Por ende, el que se cuente con un adecuado procedimiento cautelar permitirá entre otras cosas, que se recurra más a las medidas cautelares pues daría garantía jurídica y seguridad legal ante los cambios imprevisibles que se den en las fuentes de empleo.

Ante ese reto, la Ley Federal del Trabajo necesita contar con un procedimiento cautelar autónomo que ventile desde el concepto de las medidas cautelares, sus características y presupuestos, con el medio de impugnación que pueda recurrir la persona contra quien se adoptaron medidas cautelares y entre

otros efectos que se puedan anular éstas, bajo ciertos requisitos, que son principios universales del derecho.

1.2. Elección del tema

En el presente apartado se procederá a desarrollar la elección del tema, mismo que se parte de la experiencia no improvisada sobre la materia en el ámbito laboral por lo que tendremos que considerar distintos aspectos, mismos que por su orden son:

a) **Título:** “**PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. OPOSICIÓN Y NULIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR LABORAL**”.

b) **Propósito:** Se pretende demostrar que la Ley Federal del Trabajo requiere uniformar el tratamiento de las medidas cautelares, tanto en su concepción, características, presupuestos así como su procedimiento, lo que llevaría a un proceso preventivo eficiente y eficaz. Esto, en virtud de que la ley laboral no prevé un adecuado desarrollo de las medidas cautelares.

c) **Interés:** El derecho evoluciona constantemente. En este contexto hace lo mismo el derecho laboral, por lo que se hace necesario la actualización de esta legislación para hacer frente a una sociedad cada vez más exigente, y que implica satisfacer más necesidades en el campo económico, por lo que se requiere por ende, prevenir problemas que impliquen generar conflictos laborales complicados.

Las medidas cautelares permiten la prevención de conflictos laborales seguido en un procedimiento ordinario, o bien, especial atendiendo a la naturaleza de la acción que se llegase a intentar, por lo que se hace necesario adoptar un mejor proceso cautelar, adecuando el existente, ya que se contaría con un medio de impugnación debidamente regulado, así como la posible sanción que acarrearía de no observarse los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares.

Al desarrollar la actividad profesional en el área laboral nos damos cuenta de la necesidad de que los procedimientos laborales no sean dilatorios, ya que no obstante que tienen como principio la oralidad, mismo que permite la celeridad de las audiencias, esto no implica la solución satisfactoria a las necesidades de las partes, principalmente a la parte obrera.

Las medidas cautelares deberán regularse debidamente en la Ley Federal del Trabajo, tanto en su concepción, características y presupuestos, para que puedan ser adoptadas, además de que se tenga un procedimiento autónomo para dicha figura procesal, ya que actualmente la legislación laboral no lo contempla, creando confusiones e inoperatividad.

Lo anterior obedece al hecho de que las medidas cautelares tendrían un papel importante en la solución de los de los conflictos laborales, ya que operarían como un juicio previo o alternativo al juicio principal, el cual tendría a demás de asegurar un futuro crédito laboral, también buscaría la conciliación entre las partes, bajo una amigable composición.

En la actualidad las medidas cautelares en materia laboral no cumplen con su fin, por tal el interés por realizar un trabajo que sea propositivo y que permita tener una herramienta de prevención y solución de conflictos laborales.

d) **Novedoso:** Para el desarrollo de este trabajo se cuenta con información documental, principalmente bibliográfica reciente al tema, tanto de España, Argentina y México.

e) **Originalidad:** El presente trabajo reviste un desarrollo único, ya que las medidas cautelares en materia laboral, no han sido tratadas bajo un contexto teórico y procesal, esto es, desde su justificación gramatical, características y presupuestos para su adopción, además de un coherente procedimiento.

Toda vez, que en la actualidad las medidas cautelares laborales son tratadas de manera superficial por la doctrina, por lo que no se le ha brindado la importancia que deberían tener.

Cabe indicar, que se tratará lo relativo al desarrollo científico, que llevaría a crear todo un procedimiento a partir de la Teoría General del Proceso, a través de la cual se daría oportunidad a la parte afectada o futuro demandado, a oponerse a dichas medidas, así como la sanción que conllevará ante la inobservancia de los requisitos mínimos necesarios para su adopción, previa la tramitación del medio de impugnación que se propone contra quien se adopten las medidas autorizadas, que entre otros efectos se tendría como sanción la nulidad de éstas.

f) **Viabilidad:** Se cuenta para el desarrollo del tema de las medidas cautelares en materia laboral con bibliografía tanto nacional como extranjera, lo que permitirá desarrollar la investigación sin contratiempos.

Cabe señalar que los textos nacionales, no son solo de materia laboral, sino también de materia civil, ya que en ésta área se cimienta la institución de las medidas cautelares, por lo que para poder justificar su concepto, características y presupuestos, así como su finalidad, necesitamos conocer su origen partiendo del área civil.

Dentro de este contexto, tendremos como base la legislación laboral y civil, así como la de comercio, ya que su comparación nos permitirá conocer si existen similitudes u otras figuras que puedan complementarse en base al estudio bibliográfico.

Además, los textos extranjeros se encuentran especializados en medidas cautelares lo que facilitará su comprensión, teniendo ya los antecedentes que se tienen en nuestro sistema jurídico.

Los textos en materia laboral nos llevarán a determinar si han existido avances en las medidas cautelares, si ha habido propuestas o aportaciones por la doctrina, o bien si únicamente se ha desarrollado el tema sin modificaciones, lo que será el campo de la investigación que se llevará a cabo.

g) **Utilidad:** Se verá beneficiada con esta propuesta, no sólo la comunidad jurídica, sino la sociedad en general, ya que la Ley Federal del Trabajo está enfocada a un sector importante en la sociedad, el económico.

Por tal motivo, el que la Ley Federal del Trabajo cuente con un marco jurídico bien estructurado de las medidas cautelares, facilitará desarrollar esta institución procesal en beneficio no solo de los trabajadores, sino también de los patrones, ya que tendrán la oportunidad de oponerse a las medidas que se llegasen a adoptar, además de una propuesta que nos parece interesante en beneficio de los patrones pero sin perjudicar a los trabajadores.

Por ende, quienes se desenvuelven en el ámbito laboral buscan que se resarza un daño que se ocasiona al trabajador ante una presunta violación a sus derechos laborales por la patronal.

En consecuencia, se tendrán reglas justas y equitativas entre las partes, por lo que, el trámite de las medidas cautelares, facilitaría el garantizar un futuro crédito laboral, además de que permitiría que otras figuras procesales pudieran ser tramitadas bajo un proceso cautelar.

Lo que implicará dar celeridad a los asuntos y evitar la dilación de la justicia laboral, dando mayor atención a la función conciliatoria, mediante una amigable composición entre las partes y el representante del Estado. Cabe señalar que en la actualidad este trámite se encuentra en total desuso, por lo que requiere urgentemente de retomarlo en la práctica.

Además, con esta propuesta se evitaría que los postulantes, llámese abogados o técnicos en la materia laboral, complicaran demasiados los procesos hasta su última instancia, lo que hace juicios interminables, transcurriendo años para su definitiva solución.

Lo importante será comenzar con uniformar el proceso cautelar en la Ley Federal del Trabajo, ya que, en la actualidad no se cuenta con un verdadero proceso cautelar en el cual se regulen debidamente sus fases, desde su presupuestos para su adopción, impugnación y resolución, en la cual se confirma la adopción de medidas cautelares o bien se anulan las adoptadas, como sanción ante la falta de presupuestos para la adopción.

h) **Actualidad:** El sistema jurídico en nuestro país se dirige hacia la celeridad de los trámites legales y prevención de situaciones jurídicas, dentro de este contexto tenemos las tan anunciadas reformas a distintos textos normativos, entre ellos la Ley Federal del Trabajo, situación que se viene planteando desde el año 2001 por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Ante las propuestas de reforma a la Ley Federal del Trabajo, será necesario que se contemple a las medidas cautelares, ya que este rubro resultará indispensable para la solución de los conflictos laborales, por tal motivo, es de considerar que ante la necesidad que existe en México de la cultura de la prevención, bien vale que se trabaje a las medidas cautelares en materia laboral.

Por lo complejo que resulta en la práctica el uso de las medidas cautelares laborales, ya que su uso es esporádico por falta de conocimiento teórico y práctico, además de que la propia ley adolece de un debido procedimiento, el cual se encuentra disperso en distintos artículos, además de que existen errores técnicos con el medio de impugnación que prevé la legislación laboral, no dejando pasar por alto, la sanción que debe imperar en contra del acuerdo que ordena.

Con la propuesta, se evitaría que los juicios fueran complicados; así el trámite cautelar vendría a ser una alternativa de solución a futuros conflictos que permitirían la simplificación de trámites administrativos.

i) **Justificación:** Al establecer la necesidad de que las medidas cautelares se encuentren debidamente uniformadas en su tratamiento y proceso, permitiría dar paso a una importante reforma en materia laboral, la cual no ha sido planteada en este rubro, por lo que se tendría un nuevo proceso cautelar.

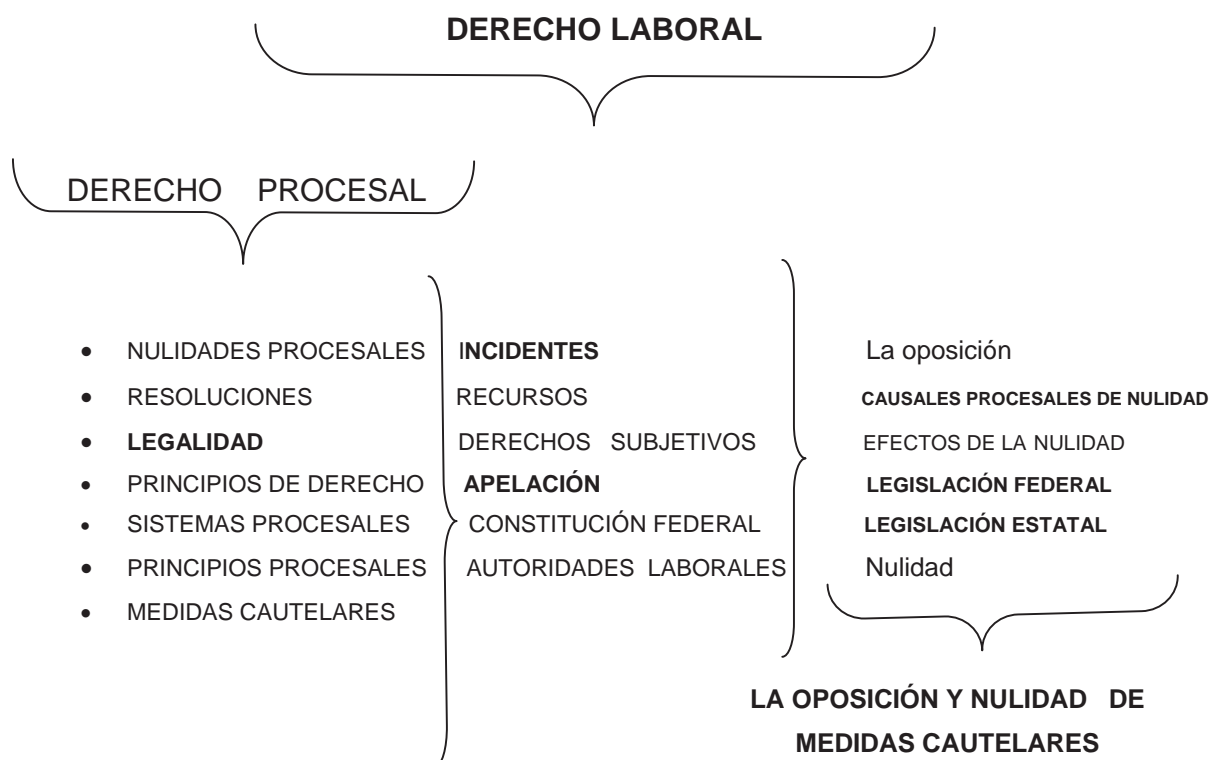
Es posible que al momento de desarrollar el tema de las medidas cautelares se tengan ventajas como sería prácticamente contar con un procedimiento preventivo, buscando soluciones entre las partes, dejándose de lado los eternos juicios ordinarios y especiales, en conflictos individuales.

Otra ventaja es que con el procedimiento cautelar se uniformarían otras figuras procesales de la ley laboral, tal es el caso del aviso de rescisión, el cual, a través de un procedimiento cautelar sobre suspensión provisional del contrato de trabajo, permitiría determinar las causas motivo de la rescisión.

La desventaja que se pudiera presentar en cuanto al estudio sería únicamente el no contar con los elementos necesarios para llevar a cabo la investigación, como sería el no poder demostrar el fin deseado.

1.3. Delimitación del Tema

Utilizando el método deductivo, tendríamos de lo general a lo particular, como tema “medidas cautelares”, el cual es presentado en un cuadro Sinóptico, de igual manera se precisan los subtemas y acápites que se van derivando, lo que se tiene a través del siguiente análisis:



TÍTULO DEL PROYECTO:

“PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. OPOSICIÓN Y NULIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR LABORAL”.

1.4. Planteamiento del Problema

La Ley Federal del Trabajo ¿regula las medidas cautelares a través de un proceso cautelar, en el cual se cumplan los fines de las medidas cautelares?, No, no existe tal proceso previsto en la Ley Federal del Trabajo.

El Uniformar el tratamiento de las medidas cautelares en materia laboral, ¿puede ser una alternativa de seguridad jurídica a la parte obrera, si existe un procedimiento cautelar, además de ser un medio de solución?, Si, toda vez que en la Ley Federal del Trabajo debe prevalecer el principio de la prevención.

Por la naturaleza del derecho laboral, ¿se rompería con el equilibrio procesal entre las partes el que exista un tratamiento a las medidas cautelares?, No, ya que por el contrario sería una alternativa de solución de conflictos laborales.

El contemplar un proceso cautelar laboral ¿brindaría seguridad jurídica a las partes, además de garantizar el interés no sólo de la obrera, sino también de la patronal al poder recurrir dichas medidas autorizadas por la autoridad labora?, Si, puesto que se daría un contexto de verdadero proceso, en el cual la parte afectada podrá impugnar el acuerdo de autorización de las medidas.

Así mismo, el medio de impugnación que establece la Ley Federal del Trabajo para inconformarse contra la adopción de las medidas cautelares ¿se encuentra debidamente regulado en su concepto y trámite?, No, lo que llega a ocasionar una serie de dificultades procesales.

En la Ley Federal del Trabajo ¿se prevé una sanción procesal para el caso de que las medidas cautelares se hayan adoptado sin observarse los requisitos y presupuestos para su adopción?, No.

La Ley Federal del Trabajo ¿regula de manera ordenada el procedimiento cautelar?, No, ya que el mismo se encuentra disperso, y completamente descontextualizado, no contando con un orden propio de un verdadero procedimiento en que se agoten sus fases procesales para que después de escuchar a las partes se emita resolución por las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

1.5. Delimitación del Problema

Al plantearse el problema, se observa que el tema a desarrollar gira alrededor de las medidas cautelares.

El estudio de las medidas cautelares desde el ámbito del derecho del trabajo ¿permitirá establecer la necesidad de que la legislación laboral regule debidamente su procedimiento?, Si, toda vez ante la falta de uniformidad en su tratamiento implica que su tratamiento resulte poco confiable a los interesados, así como a las propias autoridades, al no contar con un marco jurídico bien ordenado.

A lo señalado, ¿es necesario que las medidas cautelares en materia laboral observen para su adopción sus presupuestos y características?, Si, ya que no se puede concebir el que se autoricen éstas sin observar los requisitos mínimos para su adopción.

Ahora bien, una vez que se adoptan medidas cautelares, ¿puede el afectado inconformarse con las medidas?, Si, para ello, es necesario que se cuente con un medio de impugnación que este debidamente regulado y que evite confusiones y tardanza en los interesados.

Por tanto, ante las irregularidades que se hayan presentado en la adopción de medidas cautelares, ¿existe una sanción?, No de manera expresa en la Ley, pero bien puede darse un correcto tratamiento en este sentido para el efecto de que dichas medidas puedan anularse, y por ende sus consecuencias de esta sanción.

1.6. Hipótesis

En materia laboral ante la falta de un adecuado ordenamiento legal sobre medidas cautelares, resulta factible que se pueda uniformar el tratamiento de las medidas cautelares, desde sus características, presupuestos, concepto, y sobre todo que se cuente con un procedimiento, en el cual, se tendría, desde su tramitación, la posibilidad de que el afectado promueva oposición y pueda darse una sanción a la medida adoptada en caso de que ésta fuere ilegal, decretándose la nulidad.

Por tanto, se pretende demostrar que en materia laboral es viable que se que se regule debidamente el proceso cautelar, ya que con ello, se daría orden y congruencia a los fines de dicho proceso, que son llevar a cabo, mediante un procedimiento, la autorización de las medidas cautelares, mismas que dan seguridad jurídica, esto es, que el trabajador garantice un crédito futuro en su favor ante el peligro por la demora de un procedimiento, además de que dicha petición se encuentre en una apariencia de buen derecho.

Dentro de la hipótesis tenemos la variable dependiente, misma que se localiza en la institución de las medidas cautelares.

Ahora bien, atendiendo a los fines que tiene el proceso cautelar, la Ley Federal del Trabajo requiere dar un tratamiento nuevo a las medidas cautelares, diferente e innovador, ya que como se pretende demostrar, ante la falta de un debido proceso cautelar laboral, resulta importante que se adecue el mismo, para que se cuente con un verdadero procedimiento.

La variable independiente la encontramos en la seguridad jurídica, esto es, que las medidas adoptadas observen sus características y presupuestos, ya que de lo contrario, se da paso a un procedimiento en el cual, se vuelve contencioso, ante

la oposición que puede interponer la parte contra quien se adoptaron las medidas cautelares.

1.7. Marco Teórico

Para comenzar la presente la presente investigación adoptaremos la teoría que desarrolla Miguel Angel Fernández-Ballesteros relativa a las medidas cautelares.¹

Refiere que en España la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene elementos suficientes como para entender que acoge una forma de entender las medidas cautelares clásicas, circunscrita a su tradicional función de asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena.

Además el tratamiento que da este autor a la institución cautelar, no solo en cuanto a su objeto, sino también a sus características y presupuestos, debiendo señalar que partiendo de este autor se irá enriqueciendo la investigación con las aportaciones que al respecto hagan demás tratadistas en esta investigación.

Toda vez que el estudio de su obra nos permitirá centrar nuestra investigación en aquellas figuras procesales que pueden omitirse en la Ley Federal del Trabajo y cuyo estudio en España se encuentra avanzado y que bien pueden aplicarse en nuestro país, como es el incidente de oposición.

Para lograr tal objetivo se tiene localizada información documental bibliográfica, la cual permitirá en su oportunidad confirmar la hipótesis, desde luego que para lograr tal objetivo se requiere partir de las teorías que dan los tratadistas a las medidas cautelares, así como al aviso de rescisión, ya que una vez que se analice el tema de las medidas cautelares, justificaremos la necesidad de dar otro nuevo tratamiento al aviso de rescisión en materia laboral.

^{1 1} Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, et al, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2000.

Con lo anterior nos daremos una mejor idea en el tratamiento a las medidas cautelares en materia laboral, que partirá en su concepto, características y presupuestos, dando lugar al remedio procesal que se utilizará contra su adopción y la sanción que pudiera recaer, además de la existente sobre el alzamiento o modificación de la medida acordada, también la nulidad.

1.7.1. Derecho Mínimos Laborales

Iniciaremos con los conceptos que dan sustento y vida al derecho del trabajo sobre la relación laboral, como es el contrato de trabajo, sus partes y su objeto, así como los derechos y obligaciones del contrato, para ello tendremos que analizar a Climent Beltrán.²

En el mismo sentido analizaremos las condiciones generales de trabajo, dentro de las cuales tendremos a la jornada de trabajo, el salario, el aguinaldo, los días de descanso, por lo que se estudiará a los doctrinarios Mario de la Cueva, Patricia Lemus, Roberto Baez, Amescua Ornelas.

1.7.2. Las Medidas Cautelares

Hecho lo anterior daremos paso a la temática general de las medidas cautelares, ya que analizaremos cual es el enfoque que dan los tratadistas al término medida cautelar, su justificación gramatical y su concepto, teniendo para ello las aportaciones de Roland Arazi.³

Se incluye la definición de Chiovenda, y del tratadista Cipriano Gómez Lara sobre las providencias precautorias.

También se contará con la exposición sobre el tema por parte de Francesco Carnelutti, quien refiere a la providencia cautelar.

1.7.3. Teorías que tratan lo relativo a las características y presupuestos de las

² Climent Beltrán, Juan B. *Derecho Procesal del Trabajo*, tercera edición, editorial Esfinge, México, 2001

³ Arazi, Roland, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

medidas cautelares

A continuación nos daremos a la tarea de señalar las características propias de las medidas cautelares, mismas que sustentan Pedraz Penalva Ernesto, Fuentes Camacho Víctor, Arazi Roland y Fernandez Ballesteros Miguel, quienes señalan que son la instrumentalidad, que recae en el aseguramiento de una supuesta ejecución forzosa futura, también contamos con la provisionalidad o temporalidad, la jurisdiccionalidad y dispositividad, las cuales se habrán de ir analizando.

Para ello se tendrá que conocer la jurisdiccionalidad, la dispositividad, la instrumentalidad, la provisionalidad y temporabilidad, la accesoriedad y la inaudita parte; con este estudio llegaremos a determinar si el aviso de rescisión en materia laboral comprende alguna o todas de estas características, y con ello dar paso a la comprobación de la hipótesis.

1.7.4. Presupuestos sobre las Medidas Cautelares

Señalaremos, además los presupuestos o elementos configuradores de las medidas cautelares como los mínimos indispensables para que pueda decretarse una medida cautelar por parte del órgano jurisdiccional, así tenemos que la situación jurídica cautelar, es la pretensión, (acción) que constituye el objeto del proceso principal y para cuyo aseguramiento se somete a la autoridad judicial la medida cautelar solicitada.

Esto nos dará la pauta para establecer que el aviso de rescisión en materia laboral cuenta con estos presupuestos para decretar la medida provisional sobre suspensión de la relación laboral por rescisión.

Por esto el peligro en la demora, establece el interés jurídico del peticionario, antes o después de presentada la demanda, por ende constituye la razón de ser de las medidas.

La apariencia del buen derecho o verosimilitud del derecho como lo nombra

Arazi, es un presupuesto básico, ya que no se trata de la certeza absoluta de la pretensión, sino de la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*).

También la caución y la proporcionalidad o interés general serán analizados, desde luego bajo la perspectiva de los autores que se indican.

Por tal motivo, nos servirán las citadas teorías para poder justificar que se requiere de un verdadero proceso cautelar laboral, lo que permitirá modernizar la legislación laboral.

1.7.5. Teorías que refieren a la nulidad

Para acreditar, que ante la falta de observancia de los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, se puede anular el acuerdo que autorizó éstas, para lo cual se estudiará lo que al respecto tratan autores como Ripert Georges, quien comienza por indicar lo que es el acto y hecho jurídico.⁴

Así mismo, Efraín Moto Salazar, Bonnacase, Baqueiro Rojas y Borja Soriano, además de Merino Alberto y Rojina Villegas, quienes refieren al término nulidad.

Respecto a la nulidad procesal, lo cual es la consecuencia ante una violación a las normas del procedimiento tenemos a Eduardo J. Couture.⁵

1.7.6. Sobre el Proceso Cautelar

Con relación al proceso tenemos los estudios de Carnelutti, lo cual, nos permitirá conocer que es un proceso y con ello dar paso al proceso cautelar, lo que éste implica y sus alcances.⁶

⁴Lutzesco, Geroges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 2001

⁵Couture J. Eduardo, *Los Recursos*, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1972.

⁶Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Editorial Episa, México, 1994.

1.8. Objetivos

Este apartado, se refiere a la definición del tema, el *objetivo* es aquello de lo que se trata, el para que de la investigación, se dice o se predica, mediante los *objetivos* se presentan los *propósitos, fines y metas de estudio, debe saberse a donde se quiere llegar, que es lo que se pretende mostrar, refutar, verificar, invadir o contrastar.*

La investigación se fundamentara en el siguiente **Objetivo General:**

OBJETIVO GENERAL

El **objetivo general** que persigue el presente trabajo es el **realizar una investigación documental** basada en las teorías de las medidas cautelares que desarrolla Miguel Angel Fernández-Ballesteros, Ernesto Pedraz Penalva, Víctor Fuentes Camacho y Roland Arazi, y sobre las nulidades procesales de Luis Merino, Georges Lutzesco, Hugo Alsina, Rafael Rojina Villegas; Lo cual nos permitirá adecuar las medidas cautelares en materia laboral dentro de la Teoría General del Proceso, para dar lugar a justificar de que la Ley Federal del Trabajo de un mejor tratamiento a las medidas cautelares, permitiendo adoptar otras figuras bajo el esquema cautelar.

OBJETIVO ESPECÍFICO

1. En el capítulo primero, determinar que se uniforme el concepto tradicional de providencias cautelares, para dar lugar a que se establezcan sus características y precisión de sus presupuestos, dentro de la Ley Federal del Trabajo, después de llevar a cabo un estudio de esta figura procesal.

2. Precisar un marco teórico, en el cual se conozca el desarrollo que ha tenido la Ley Federal del Trabajo en México, teniendo presente los elementos de la relación de trabajo y las causas de terminación.

3. Contar con un conocimiento claro y preciso del derecho procesal y su aplicación a las medidas cautelares, teniendo un proceso cautelar que explique su

desarrollo teórico y práctico.

4. Establecer un remedio procesal como medio de impugnación contra la adopción de las medidas cautelares, evitándose la confusión que existe en la actual ley con el llamado mal llamado recurso de revisión, así como establecer la sanción que pudiera establecerse para el caso de que no se hayan observado los presupuestos y características de las medidas cautelares laborales.

5. Indicar que la Ley Federal del Trabajo cuente con un procedimiento cautelar autónomo que se encuentre debidamente ordenado y con secuencia lógica, lo cual permitiría un orden, además de tener mecanismos preventivos y de solución de conflictos laborales, teniendo presente la figura de la nulidad como sanción a la falta de presupuestos en la adopción de las medidas cautelares.

1.9. Esquema Preliminar

CAPÍTULO UNO

Teoría General de las Medidas Cautelares

1. Origen Histórico de las medidas cautelares
2. Denominación
3. Concepto
4. Objeto
5. Clasificación de las medidas cautelares
6. Características
7. Presupuestos
8. Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España
9. Su naturaleza
10. Sus presupuestos
11. Estructura del Poder Judicial Español

CAPÍTULO DOS

La Ley Federal del Trabajo y la Protección de los Derechos Laborales

1. Antecedentes Históricos del Derecho Laboral en México
2. Garantías Sociales
3. La Ley Federal del Trabajo de 1931
4. Nacimiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje
5. La federalización de la legislación del trabajo
6. La elaboración de una nueva ley laboral
7. Las reformas constitucionales y legales posteriores a 1970
8. El contrato de trabajo y la relación laboral
9. Contrato
10. Trabajador
11. Patrón
12. Derechos y obligaciones del contrato laboral
13. Condiciones generales de trabajo
14. Prestaciones laborales
15. Estabilidad en el empleo
16. Despido
17. Rescisión
18. Terminación laboral
19. Procedimiento
20. Causas de rescisión
21. Aviso de rescisión

CAPÍTULO TRES

Derecho Procesal Laboral y las Medidas Cautelares

1. El proceso
2. El Procedimiento
3. El proceso como relación jurídica procesal
4. El proceso laboral
5. Las partes en el proceso laboral
6. El proceso cautelar
7. Las medidas cautelares en el proceso laboral
8. Su objeto
9. Su procedimiento en la Ley Federal del Trabajo.

CAPÍTULO CUATRO

La Oposición a las Medidas Cautelares Laborales

1. Los conflictos laborales
2. Medios de impugnación
3. Los Recursos
4. Los incidentes
5. Los incidentes de previo y especial pronunciamiento
6. El incidente de reclamación en el procedimiento cautelar civil
7. Los incidentes en el derecho laboral
8. Su trámite
9. La revisión laboral
10. El incidente de oposición en el procedimiento cautelar laboral
11. El aviso de rescisión como medida cautelar laboral

CAPÍTULO CINCO

La Nulidad como Sanción en el Procedimiento Cautelar Laboral

1. Definición de los hechos jurídicos
2. Definición de los actos jurídicos
3. Terminología de la nulidad
4. Antecedentes históricos de la nulidad
5. Las nulidades procesales
6. Presupuestos procesales
7. Naturaleza de la nulidad procesal
8. Violación de las formas procesales
9. Principios rectores de la nulidad
10. Medios para declarar la nulidad
11. Efectos de la declaración de nulidad

12. Inexistencia y nulidad
13. nulidad y anulabilidad
14. El remedio cautelar laboral
15. Efectos del incidente de oposición

1.10. Marco Metodológico

Para llevar a cabo la presente investigación desarrollaremos el método deductivo, tomando como base principios y conocimientos generales en materia laboral, que son sustento y base del derecho del trabajo, mismos que enfocaremos en el área procesal.

Nos permitirá llevar a cabo un desarrollo de las medidas cautelares, tanto en sus características, conceptos y presupuestos, además de conocer el procedimiento que se lleva a cabo en materia laboral.

Por otra parte, utilizaremos el método analógico o comparativo, el cual, a partir de lo conocido en materia laboral sobre medidas cautelares, iremos hacia lo desconocido, esto es, si nuestra legislación del trabajo adolece de ciertas formas procesales en relación al procedimiento cautelar.

Cabe destacar, que es necesario que llevemos a cabo un estudio comparativo con algunos textos legales para conocer el tratamiento que se da a las medidas cautelares, así como también resultará indispensable conocer en la legislación extranjera qué se viene haciendo al respecto y cual consideramos merece profundizar.

Llevaremos un tipo de investigación libre o espontánea, partiendo de un conocimiento previo del área de investigación y que nos permita realizar aportaciones en base a experiencias dentro del derecho laboral.

Además podremos llevar a cabo a la par del anterior tipo de investigación la documental o indirecta, misma que desarrollaremos a través del análisis de todo tipo de documentos, principalmente bibliográfico.

Utilizaremos para este tipo de investigación como técnicas de investigación documental la técnica de investigación bibliográfica, como es la comprensión de

lecturas, delimitándose los contenidos vinculados al objeto de la investigación que desarrollaremos.

Además de seleccionar la información necesario y clasificándola, haciendo los registros correspondientes en fichas de trabajo y bibliográficas.

En ese mismo sentido llevaremos a cabo también la técnica de investigación legislativa, en la cual, se capturarán datos contenidos en la Constitución Política Mexicana, en la Ley Federal del Trabajo, Códigos Federales y Estatal de Procedimientos Civiles.

1.11. Cronograma de Actividades

1.12. Fuentes de información

Alsina. Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercio*, tomo I, tercera edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1961.

Alvarez Julia, Luis, Neuss R.J. Germán, Wagner Horacio, *Manual de Derecho Procesal*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Arazí, Roland, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, décima edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercio*, tomo I, 1961, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1976.

Alsina, Hugo, *Las Nulidades en el Proceso Civil*, tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.

Baqueiro Rojas, Edgard, *Derecho Civil*, volumen I, Editorial Harla, México, 1998.

Becerra Bautista, José, *El proceso Civil en México*, décimo quinta edición, Editorial Porrúa, 2000.

Becerra Bautista, José, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, 1985.

Bonnecase, Julia, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, volumen 1, Editorial Oxford, México, 2001.

Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, octava edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, Biblioteca de Derecho Procesal, volumen 2, Editorial Oxford, México, 1999.

Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Editorial UTEHA, Buenos Aires, Argentina, 1944.

Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Editorial Episa, México, 1994.

Couture J. Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1972.

Couture J. Eduardo, *Los Recursos*, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1972.

Climent Beltrán, Juan B., *Derecho Procesal del Trabajo*, tercera edición, Editorial Esfinge, México, 2001.

Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, segunda edición, Editorial Cárdenas editor y distribuidor, México, 1990.

Chiovenda, José, *Principios de Derecho Civil*, Editorial Cárdenas, México, 1987.

De Buen Lozano Néstor, *Derecho Procesal del Trabajo*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

De Piña Rafael y Castillo Larrañaga José, *Derecho Procesal Civil*, vigésima segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Fiaren Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992.

Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, et al, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2000.

Fuentes Camacho, Víctor, *Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Editorial Eurolex, S.L., Madrid, 2000.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, novena edición, Editorial Oxford, México, 2000.

Jóve, María de los Angeles, *Medidas Cautelares innominadas en el Proceso Civil*, Editorial José María Bosch, editor, S.A., Barcelona, 2000.

Kelley Hernández, Santiago A, *Teoría del Derecho Procesal*, tercera edición, editorial Porrúa, México, 2001.

Luis Maurino, Alberto, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Merino Alberto, Luis, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Editorial Astrea, España, 2001.

Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, trigésima sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

Novellino Norberto, José, *Embargo y Desembargo y demás medidas cautelares*, tercera edición, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Editorial Harla Oxford University Press, 1996.

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Editorial Harla, México, 1992.

Pedraz Penalva, Ernesto, "*La Tutela Cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil*", en Pedraz, Penalva, Ernesto (coord.), *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

Pedraz Penalva, Ernesto, *Las Medidas Cautelares y Los Recursos*, Editorial Lerdo Print, S.A., Madrid, España, 2000, páginas 576.

Pérez Palma, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, octava edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1995.

Planiol, Marcel, Ripert Georges, *Derecho Civil*, volumen Compendio de Derecho Civil, 8, Editorial Oxford, México, 2001.

Rifa Soler, María, *Las Medidas Cautelares y Los Recursos*, Editorial Lerdo Print, S.A., Madrid, España, 2000.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, vigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1991.

Vizcarra Dávalos José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Legislación

Cuadernos de Derecho 28.a, Ley Federal del Trabajo, ABZ editores, 2000.

Cuadernos Michoacanos de Derecho, Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, ABZ editores, 2000.

Cuadernos de Derecho 11.c, Código de Comercio, ABZ editores, 2000.

Diccionarios y Enciclopedias

Biblioteca de Diccionario Jurídico Temático, *Derecho Procesal*, Vol. 4, Editorial Harla, México, 2001.

Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. III, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Enciclopedia Jurídica Ameba, tomo XX, Buenos Aires, 1978.

Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, décima segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tomos I, II, III, IV, décima segunda edición, Editorial Porrúa, 1998.

CAPÍTULO UNO

Teoría general de las medidas cautelares

SUMARIO: 1.1. Origen histórico de las medidas cautelares; 1.2. Denominación; 1.3. Conceptos sobre las medidas cautelares; 1.4. Objeto de las medidas cautelares; 1.5. Clasificación de las medidas cautelares; 1.6. Características de las medidas cautelares; 1.6.1. Jurisdiccionalidad; 1.6.2. Dispositividad; 1.6.3. Instrumentalidad; 1.6.4. Provisionalidad y temporalidad; 1.6.5. Accesoriedad; 1.6.6. Inaudita parte; 1.7. Presupuestos sobre las medidas cautelares; 1.7.1. El *periculum in mora*; 1.7.2. *El fumus boni iuris*; 1.7.3. La Caución; 1.7.4. Proporcionalidad o interés general; 1.8. Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil español; 1.8.1. Antecedentes de la legislación en España; 1.8.2. Roma; 1.8.3. España; 1.9. Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en España; 1.9.1. Fundamento constitucional de las medidas cautelares en España 1.9.2. Necesaria instancia de parte en las medidas cautelares; 1.9.3. Competencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.9.4. Solicitud de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.9.5. Vista para la audiencia de las partes en la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.9.6. De la oposición a las medidas cautelares de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil española; 1.9.7. De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares; 1.9.8. Sobre las medidas cautelares específicas en la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.10. Los presupuestos de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.10.1. Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares; 1.10.2. Momentos para solicitar las medidas cautelares; 1.11. Reglas para determinar la competencia de los tribunales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.12. Resoluciones judiciales sobre medidas cautelares en España; 1.13. Tratamiento de las medidas cautelares en los Códigos Federales Civil y de Comercio; 1.14. Las medidas cautelares en la jurisprudencia mexicana; 1.15. La uniformidad en el tratamiento de las medidas cautelares en la legislación procesal mexicana; 1.16. Conclusiones.

1.1. Origen histórico de las medidas cautelares

De acuerdo a lo señalado por Novellino, las medidas cautelares aparecieron a fines del siglo XIX, correspondiendo a Helwing anticipar que el derecho de secuestro era asunto de puro derecho procesal. Dicha tesis, agrega, se retomó en Italia con Mattiolo, aunque otros autores como Lancellotti, “preveían que tales medidas entrañaban más que una etapa previa al juicio ejecutivo”⁷.

Por ende, resultó necesario que se profundizará aun más en el tema de las medidas cautelares, por lo que los estudios al respecto se comenzaron a profundizar en distintos países con una cultura jurídica adelantada.

Antes de entrar al estudio de las medidas cautelares en la legislación española, es necesario partir del concepto de éstas, así como de su naturaleza jurídica, por lo que tenemos, a lo expresado por Novellino que con la expresión medidas cautelares o tutela cautelar se alude a la serie de “instrumentos con que el

⁷ Novellino, Norberto José, *Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 22.

ordenamiento jurídico protege de manera provisional y preventiva, la integridad de un derecho, cuya existencia se discute en un proceso, mientras que dure ese proceso”⁸.

En la elaboración y análisis de instituciones procesales, es un trabajo que se va desarrollando en el tiempo, tomando como punto de partida al proceso, que en caso particular el desarrollo de las medidas cautelares implica una necesidad ante la incertidumbre que presenta un proceso tardío.

Como bien señalaba Brice, el ordenamiento procesal de la mayoría de países latinoamericanos a finales de la década de los años cincuenta, no poseía una ordenación sistemática de las medidas cautelares al estilo del Código Procesal Civil alemán, que trae dedicado a la materia la Sección Quinta de su Libro VIII⁹.

Casi al terminar el siglo, el defecto sigue inalterable y, probablemente es la organización procesal-cautelar peruana la que se une a dicha sistemática, tal como lo ha hecho España, Argentina y la Unión Europea, por lo que es necesario que la importancia de esta institución procesal se subraye.

1.2. Denominación

Atendiendo a la importancia que tienen en la actualidad las medidas cautelares, durante el desarrollo de este trabajo trataremos de mostrar la necesidad de uniformar su tratamiento.

Lo anterior partiendo desde su correcta denominación, ya que son conocidas como preventivas, conservativas, preliminares, asegurativas, precaucionales, precautorias, preservativas, previas, implícitas y genéricamente denominadas cautelares o cauciones.

⁸ Idem.

⁹ Brice Angel, Francisco, “Medidas Preventivas o Cautelares”, *Revista de Derecho y Legislación*, año XLVII, Caracas, 1958, p. 165.

Ante los distintos términos que son utilizados por los tratadistas, y sobre todo como son aplicados en las distintas legislaciones, tanto del fuero local, como del fuero federal, es que iniciamos primeramente estableciendo a nuestro juicio la connotación gramatical correcta de la figura jurídica tendiente a dar la seguridad procesal al peticionario o futuro demandante.

Es de señalarse que en nuestro sistema jurídico procesal, a las medidas cautelares se les conoce con diferente nombre. Así tenemos que en Derecho Mercantil, específicamente en el Código de Comercio, se les llama *providencias precautorias*; en el Código Federal de Procedimientos Civiles, de manera más amplia se les denominan *medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias*; por otra parte, en la Ley Federal del Trabajo se les conoce como *providencias cautelares*.

Sin embargo, por la importancia del tema y la finalidad que persigue la tutela cautelar, debe adoptarse el término de medida cautelar. Lo anterior en virtud de que la palabra *medida* implica, primeramente, tener cordura, moderación y *prudencia*; y en segundo lugar, es una *disposición*, prevención, providencia y precaución.

Considero que el legislador confundió el todo con una de sus partes, ya que como se analizará más adelante, en primer lugar para que se adopte una medida cautelar, el órgano jurisdiccional debe ser prudente al revisar que se cumpla con los requisitos de ley.

Importante es señalar, como se estudiará en el siguiente capítulo, que una vez reunidos los requisitos del *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, se deberá garantizar, mediante caución, los daños a tercero y, desde luego, que no se afecte el interés general, adoptar la medida correspondiente previa acuerdo dictado por la autoridad que conoce (disposición).

Pero como se indicó, no es el momento para profundizar en estos presupuestos, sino justificar el origen del término.

Providencia, precautoria y aseguramiento, como señalamos, no son otra cosa que el fin que se persigue por el promovente, previa orden o mandato dictado por el órgano judicial o administrativo, que determina la medida a aplicarse al caso en que exista urgencia o necesidad.

Explicada la justificación por lo que respecta a la palabra “medida”, misma que implica no solamente “prevenir” o enterar a alguien, atendiendo a la función jurisdiccional, sino que también debe existir el ánimo del actor o futuro demandante, ante la necesidad manifiesta. Entonces sí, se debe prevenir al órgano jurisdiccional correspondiente para que se tomen las medidas (disposiciones coercitivas) necesarias.

Es precisamente aquí donde se justifica el término, ya que la medida es llegar a un punto en el cual el demandante, ante el peligro de que su interés jurídico se vea perdido, ya no puede tolerar o esperar que transcurra el término procesal, y hasta en tanto se emita una resolución definitiva que decida sobre la cuestión en principal que se controvierte.

Por ende, el peticionario solicita al órgano jurisdiccional que se autoricen medidas cautelares tendientes a garantizar, previos requisitos que se hayan cumplido por el demandante, ante el riesgo de su pretensión.

Para concluir, y ahora con relación a la palabra “cautelar”, que deriva de la raíz latina *cautelam*, que significa preventivo y precautorio, Carnelutti establece que “**cautela** proviene de *cavere*, que significa, señala el mismo autor, diligencia, previsión o precaución”¹⁰.

Retomando lo anotado con relación a la debida interpretación de la palabra “medidas”, ésta debemos entenderla, en relación al derecho público, como la disposición u orden de la autoridad judicial o administrativa.

¹⁰ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, tercera edición, Harla, México, 1992, p. 229.

Ahora entendido el significado de la palabra “cautelar”, siendo el origen de “precaución” y “previsión”, y siendo éstas parte de las medidas cautelares, ya que son el fin que se persigue, la prevención de riesgos y evitar daños, algo importante de señalar es que estas palabras han sido mal empleadas, por ser sinónimos, como por ejemplo se utiliza el término de Providencias Precautorias en el Código de Comercio.

Por lo anteriormente comentado, se requiere que los términos que se utilicen para construir una institución procesal, como el caso de las medidas cautelares, sean los correctos, ya que como observamos, éstas son conocidas con diferente nombre, es decir, estaríamos ante una polisemia jurídica, o bien, ante utilización de sinónimos jurídicos.

En consecuencia, y uniendo los distintos significados, cuya importancia se pone de manifiesto y que por su alcance tiene una notable relevancia, nos encontramos ante una aportación que permite lograr la estructuración de un marco jurídico común en nuestro sistema jurídico mexicano, que se refiera a las medidas cautelares, propiciando un derecho procesal uniformado en el tratamiento de las mismas.

Parece acertada a varios tratadistas el concepto de “medidas cautelares”, puesto que como lo señala J. Ramiro Podetti, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple. “Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo sino ponerlo en ejecución”¹¹.

De igual manera Ovalle Favela utiliza el concepto de medidas cautelares, quien señalando que Calamandrei establece que la providencia cautelar “nace de la relación entre dos términos, el primero, la necesidad de que se dicte sin retardo, y por la otra, de la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo, la providencia definitiva”¹².

¹¹ Novellino, Norberto José, op. cit., p. 22.

¹² Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Harla, México, 1992, p. 37.

Por otra parte, señala al respecto Chiovenda, que estas medidas especiales que tienen como característica el peligro o la urgencia en su adopción se llaman medidas de seguridad o cautelares¹³.

De igual forma, Pérez Palma nos señala que las providencias precautorias son “las medidas de cautela, que de manera excepcional concede la ley al acreedor, para que con mayor seguridad pueda hacer valer sus derechos”¹⁴.

Se considera, por ende, que la denominación de medidas cautelares es la más acertada por lo que su nombre y finalidad implica. Así tenemos que Ramiro Podetti advierte, que en su denominación se localiza su justo y típico carácter Cautelar.

1.3. Conceptos sobre las medidas cautelares

Atendiendo a la necesidad que existe en nuestro sistema jurídico mexicano al evidenciar latente el hecho de que es recomendable un marco jurídico común para las distintas ramas del derecho en materia procesal y al haber justificado la denominación de medidas cautelares, conozcamos ahora en cuanto al objeto que tienden a prevenir las medidas cautelares, qué conceptos se manejan y sus definiciones, así como la forma en que son tratados por los distintos procesalistas, respetándose los términos que utilizan sobre las medidas cautelares.

Pero antes de conocer el tratamiento que distintos procesalistas hacen con respecto a las medidas cautelares, debemos precisar que las medidas cautelares nacen como una necesidad ante un derecho jurídico incierto, pero que por su naturaleza se corre el riesgo de no lograr el fin deseado.

Por ende, es de señalar que para lograr el fin de las medidas cautelares, es menester que se lleve a cabo una acción precautoria, esto es, de acuerdo a la

¹³ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor, México, 1987, p. 279. Refiere el autor en este sentido, que dichas medidas además surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que nos garantiza un bien, o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica, y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira.

¹⁴ Pérez Palma, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, octava edición, Cárdenas Editor, México 1995, p. 321.

clasificación de las acciones, éstas tienen un lugar importante, como lo señala Vizcarra Dávalos¹⁵. Las acciones en cuanto a su objeto, señala el autor, se clasifican en de condena; declarativas; consumativas; preservadoras; ejecutiva y precautoria.

Al respecto nos indica que con las acciones de condena se pretende que al demandado se le condene a una determinada prestación de dar, hacer o no hacer. En cuanto a las acciones declarativas se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor.

Respecto a la acción constitutiva, esta tiende a que una vez que se ha dictado sentencia declarativa produzca efectos hacia el futuro. Pero la acción preservadora, que requiere protección, para que su titular pueda continuar con el uso y disfrute.

Por su parte la acción ejecutiva, que tiende al cumplimiento coactivo de una obligación impuesta en una sentencia condenatoria, y la acción *precautoria* tiende a evitar, en tanto se resuelve el proceso, a que el demandado no enajene, destruya o constituya gravámenes, tendientes a causar un daño irreparable al peticionario de las medidas causando un grave perjuicio a su interés e implicando que en lo futuro no pueda tener una sentencia que pueda ejecutar¹⁶.

Dorantes Tamayo establece que, de acuerdo con las clasificaciones modernas de las acciones, basada en las prestaciones jurisdiccionales que se solicitan ante la autoridad, éstas se clasifican en declarativas, de condena, ejecutivas, cautelares y constitutivas¹⁷.

¹⁵ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Porrúa, México, 1999, pp. 123-127.

¹⁶ Ibidem, p. 127. Nos recuerda Vizcarra que entre el momento en que la acción se inicia y aquel en que se dicta sentencia definitiva, media un espacio de tiempo durante el cual el demandado puede variar su situación respecto de la cosa litigiosa (enajenación, constitución de gravámenes, destrucción, etc.) y la garantía jurisdiccional sería ilusoria si no se prevé de medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación inicial". Obsérvese, como este autor, al referirse a las acciones precautorias (término que no es correcto siendo el de cautelares), hace referencia a las medidas, algo que consideramos aceptable para los propósitos de este trabajo, ya que también como hemos visto entre los tratadistas existe la confusión en cuanto a la aplicación de los términos jurídicos, siendo un motivo más para establecer la necesidad para la uniformación en el tratamiento de las medidas cautelares.

¹⁷ Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Porrúa, México, 1993, p. 119.

Con relación a las acciones cautelares, establece que las mismas persiguen mantener las cosas en su estado, mientras no se resuelva el proceso en que se declare la certeza del derecho del accionante¹⁸.

Asimismo, Ovalle Favela establece, con relación al tema, que las acciones cautelares tienden a proteger de manera temporal y hasta que se dicte resolución, las personas, bienes y los derechos en el proceso de conocimiento¹⁹.

En sentido estricto, establece el autor, las acciones cautelares no son autónomas de las acciones a que ha hecho referencia con antelación, puesto que cuando se “ejercitan es cuando surge la urgencia del accionante de instar al órgano jurisdiccional para que se avoque a la petición cautelar”²⁰.

Los anteriores criterios nos dan una idea de que se debe reforzar el término de medidas cautelares, no obstante que algunos tratadistas avalan dicho término, otros optan por mantener los ya conocidos.

De acuerdo con la clasificación de las acciones, como bien lo señalan Dorantes Tamayo, Arellano García y Ovalle Favela haciendo alusión a las acciones cautelares, considero correcta la denominación de medidas cautelares como instrumento, para lograr la tutela cautelar ante la incertidumbre de un proceso.

Roland Arazi establece que tradicionalmente se ha definido como cautelar “al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”. Hay

¹⁸ Ibidem., p. 121. Refiere Dorantes que la finalidad de estas acciones es conservar el estado de hecho y de derecho en que se encuentra el patrimonio del deudor, hasta en tanto se declara la certeza del derecho del que se pretenda acreedor. Muchas veces pueden desaparecer o disminuir las garantías otorgadas u ofrecidas por el deudor, ya sea por negligencia o mala fe de éste, por su culpa o su dolo. Las acciones cautelares tienden a evitar esto, sustrayendo de la disponibilidad del obligado todo o parte de su patrimonio. Vemos que este autor correctamente utiliza el termino cautelares, lo que implica lo que quedó anotado en el apartado que antecede, observándose una vez más que existe una discrepancia en cuanto a los términos, por lo que volvemos a insistir en la necesaria uniformación.

¹⁹ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Trillas, México, 1994, p. 23. Al respecto el autor nos precisa que entre los procesos de conocimiento pueden mencionarse, primero, los declarativos, luego, los constitutivos y, finalmente, los de condena. Esta clasificación, por lo demás, también suele ser de las sentencias y de las acciones (pretensiones) y no solamente de procesos.

²⁰ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Harla-Oxford University Press, 1996, p. 170. Indica el autor que la solicitud de la medida cautelar no da lugar a un proceso autónomo, sino a una tramitación conexas dentro del proceso de conocimiento respectivo.

supuestos en que el peticionario obtiene la satisfacción de un derecho insatisfecho, sin haber necesidad de agotarse el conocimiento del juez porque la urgencia es más importante que la certeza, supuesto que, como veremos más adelante se sobrepone a la decisión final de un proceso²¹.

Así también Pérez Palma define a las medidas cautelares como “providencias precautorias, señalando que no son otra cosa que las medidas de cautela, en lo que estamos de acuerdo, señala que de manera excepcional se conceden por la ley al acreedor para que con mayor seguridad pueda hacer valer sus derechos”.

Agrega que a las medidas de cautela, o de precaución se les conoce también con los nombres de “acciones preventivas”, y de “providencias” o “medidas precautorias”²².

Por otra parte, Chiovenda establece que las medidas provisionales de seguridad son “aquéllas determinadas por el peligro o la urgencia, por que surgen antes de que sea declarada la voluntad de la ley que nos garantiza un bien”²³.

Fix-Zamudio, por su parte, establece que las medidas cautelares son “calificadas también como providencias o medidas precautorias, siendo los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia de litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso”.

En su lugar, Gómez Lara señala que las “providencias precautorias establecen que la naturaleza de estas providencias es meramente preservativa, provisional y temporal”²⁴. Agrega que “las mismas tienen como fundamento el temor de que una persona contra la que se pretenda entablar o ya se haya entablado una demanda se ausente o se oculte, así como el temor de que se oculten o dilapiden algunos bienes

²¹ Arazí, Roland, *Medidas Cautelares*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 1.

²² Pérez Palma, Rafael, op. cit., p. 321.

²³ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 279.

²⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, novena edición, Harla, México, 1996, p. 32.

sobre los que debe ejercitarse una acción real, agregándose dicho temor de que el deudor los oculte o enajene”²⁵.

Definición muy precisa se encuentra en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, que señala que las medidas cautelares son aquellas “resoluciones que un Tribunal puede adoptar al principio del proceso para asegurar, una vez, concluido éste, *la ejecución de la sentencia, condenatoria si se dictare, debido al riesgo de que el presunto culpable*, intente eludir la ejecución mientras se desarrolla el proceso declarativo y siempre que quien las solicite aporte la justificación de su derecho”.

De la misma manera, las medidas cautelares son el remedio arbitrado por el Derecho para evitar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final.

Por otra parte, Ovalle Favela señala que las acciones cautelares son aquellas “por las que la parte actora solicita al juzgador una resolución para que se protejan, de manera provisional y hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva en el proceso del conocimiento, las personas, los bienes o los derechos que serán objeto de éste último”²⁶.

Briceño Sierra señala que la medida cautelar no busca la posibilidad de hacer efectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuando aquélla se dicta, sino que “busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos que la medida elimina”²⁷.

Por su parte Francesco Carnelutti, refiere a la providencia cautelar como aquella que “tiende a impedir un cambio posible o probable, eliminar un cambio ya ocurrido, anticipar un cambio posible o probable, no pudiéndose más que mediante, en primer lugar, un mandato del juez, quien inhibe que algo se haga o bien ordene

²⁵ Idem.

²⁶ Ovalle Favela, José, *Teoría General...*, op. cit., p. 170.

²⁷ Ibidem, p. 30.

que algo ya hecho se deshaga o bien, que se haga algo todavía no hecho puesto que como se ha dicho la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso”²⁸.

Una definición magistral en nuestra opinión es la tratada por Arazi con relación a las medidas cautelares, quien señala como “cautelar al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”²⁹.

En fin, junto al derecho del actor a la garantía de ejecución futura, y en tanto no recaiga sentencia condenatoria, existe la presunción del derecho del demandado, una vez que deduzca en juicio sus derechos, oponiendo sus excepciones y defensas, a ser absuelto de la demanda, ya que el derecho no protege únicamente al peticionario, sino que como su fin, es dar a cada cual lo que en derecho corresponda, por ende el demandado también debe ser protegido.

La adopción de medidas cautelares debe de garantizar la efectividad de la ejecución con el mínimo gravamen o intervención sobre los bienes y derechos del demandado.

Por lo antes señalado, nos parece acertado el tratamiento doctrinal a la tutela cautelar, cuyo fin no es otro que el asegurar ó proteger de manera provisional o preventiva, un derecho o un interés jurídico.

La tutela cautelar trata de brindar una seguridad al peticionario sobre el derecho que ejercita, mismo que se encuentra en controversia, y que durará mientras dure el proceso, o esté por suscitarse.

La tutela cautelar es una garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales, por lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que recaiga en el proceso³⁰.

²⁸ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 229.

²⁹ Arazi, Roland, *Medidas...*, op. cit. p. 1.

El tiempo en que se tarde un proceso (familiar, civil, mercantil, laboral, penal, administrativo, entre otros) puede hacer que la tutela judicial que se otorga al dictarse la sentencia, y con ello el derecho del actor para proceder a su posterior ejecución, sea esta total o parcialmente inejecutable, por lo que dejaría de ser una tutela³¹.

La medida cautelar, como aquel remedio arbitrado por el Derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

1.4. Objeto de las medidas cautelares

Entre la interposición de la demanda y la sentencia que se dicte por el órgano jurisdiccional, transcurrirá un período de tiempo relativamente largo, por lo que será significativo para el peticionario o accionante, el tener una resolución favorable.

Es por esto, que el estudio de este tema nos permitirá entender la importancia que tienen las medidas cautelares en el aspecto procesal, ante ello, es bueno que tenga lugar una resolución provisional y, en su momento, definitiva, donde se asegure la efectividad de la resolución. Sin embargo, de faltar el mecanismo de aseguramiento, la ejecución de la sentencia se verá frustrada como consecuencia de algún evento ocasional o de algún acto fraudulento del demandado, que implicaría perder la garantía de la ejecutabilidad de la sentencia.

Por ende, es loable la preocupación que tuvo el legislador de que haya creado, por influencia de la doctrina y la intensa actividad judicial, una serie de medidas tendientes a prevenir dicho riesgo, dando al demandante la facultad de poner en

³⁰ Voz "Medidas Cautelares", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4223. Es de establecer que al igual que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, por las mismas razones la tutela judicial efectiva es inseparable del derecho a obtener una tutela provisional o cautelar de los órganos judiciales que sea capaz de preservar la integridad de la efectividad de la resolución judicial mientras se desarrolla el proceso.

³¹ Pedraz Penalva, Ernesto, "La Tutela Cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en Pedraz, Penalva, Ernesto (coord.), *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 173. Indica el autor que es una medida que desempeña un papel decisivo en el proceso, dado que la misma busca extender el alcance de la eficacia subjetiva de la sentencia con el único fin de asegurar su ejecución.

marcha a la autoridad judicial o administrativa y dotándose de amplios poderes al juzgador para que brinde la tutela cautelar que se requiera³².

Hay situaciones en que, una vez comprobada la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, la propia ley, atendiendo a la necesidad urgente y una vez resuelto por el órgano jurisdiccional, autoriza a que se otorgue una parte de lo reclamado.

En estos supuestos, aún cuando no hubiese terminado el proceso, y que éste continúe no obstante se haya cumplido provisionalmente con la pretensión, llegará el momento que para bien del peticionario se declare firme la medida que en su momento se adoptó para la urgencia.

Como bien lo anticipa Ovalle Favela, y como en los presupuestos de las medidas cautelares veremos, prevé la necesidad de evitar el peligro de un derecho por el retardo que implica el pronunciamiento de la sentencia definitiva (*periculum in mora*), pero normalmente requiere que quien la solicita acredite, al menos la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*)³³.

Respecto a este último comentario, Fairén Guillén señala que en un proceso cautelar, “al no desarrollarse en un lapso de tiempo corto un proceso declarativo o ejecutivo, hace que aparezca el peligro de que durante el curso del proceso ordinario, la persona o cosa sujeto material sufran daños, o incluso desaparezcan”³⁴.

Por lo que se refiere al *periculum in mora*, es preciso indicar que ello denota la necesaria base de los procesos cautelares, puesto que aquella se haya en la existencia de una “sospecha de buen derecho en el fondo” (*fumus boni iuris*) pues como se ha mencionado, el peticionario intenta prevenir, y no después lamentar, ante

³² Fuentes Camacho, Víctor, *Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Eurolex, Madrid, 2000, p. 16. En mi consideración la adopción de las medidas cautelares entraña lo que se ha dado en llamar una anticipación de la ejecución de las resoluciones judiciales, en el sentido de que aquéllas sirven a una finalidad de garantizar la eficacia de la decisión por la que se resuelva en el futuro la controversia, dando así satisfacción al principio de tutela judicial efectiva.

³³ Ovalle Favela, José, *Teoría General...*, op. cit., p. 170.

³⁴ Fairén Guillén, Víctor, *Panorama Crítico del Proceso Civil Español (1938-1998)*, Civitas, España, 1998, p. 44.

la posibilidad de que la sentencia que se llegase a dictar sea de imposible cumplimiento³⁵.

Así pues, con la expresión tutela cautelar, refiere “a la serie de instrumentos con que el ordenamiento jurídico protege de manera provisional y preventiva, la integridad de un derecho, cuya existencia se discute en un proceso, mientras que dure ese proceso”³⁶.

A su vez, *la Enciclopedia Jurídica Básica* establece que la tutela cautelar es una garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales, por lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que recaiga en el proceso³⁷.

Las medidas cautelares suponen una cierta apreciación anticipada sobre el fondo del asunto, por cuanto a los efectos de determinar si es viable o debe adoptarse, o bien si resultan innecesarias por el tribunal ante el que fueron promovidas. Sin embargo, dicho órgano se verá impedido de adentrarse, aunque sea de manera superficial, al estudio del litigio en lo principal.

Recordemos que las medidas cautelares hacen alusión a una serie de instrumentos con que el orden procesal protege o asegura, precautoriamente, el interés de un derecho insatisfecho, mismo que se encuentra en litigio, y que durará el tiempo que tarde en resolverse el proceso en lo principal.

Por ende, la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo sea factor que implique que el derecho del peticionario se vea imposibilitado de ejecutar;

³⁵ Idem.

³⁶ Voz “Medidas Cautelares”, en *Enciclopedia Jurídica...*, op. cit., 4224.

³⁷ Debo señalar que el principio de la tutela judicial efectiva en España se encuentra expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución Española, que establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Es por tanto una justicia efectiva, con plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar la respuesta más pronta, mucho más cercana en el tiempo de las a las demandas de tutela.

se busca, pues, que se asegure el cumplimiento de la condena, despejando los temores del peticionario.

Así, establece Arazi que debe existir correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida, tal exigencia da origen a las medidas cautelares en sentido estricto, por lo que si se encuentran reunidos los requisitos para la adopción de las medidas cautelares el órgano jurisdiccional tiene que acordar la procedencia de éstas a fin de evitar un daño irreparable³⁸.

El anterior resultado parece fácil, pero no es, ya que requiere que para que se autorice por la autoridad jurisdiccional determinada medida es necesario que se den los presupuestos de las medidas cautelares, mismos y que a continuación iremos analizando³⁹.

Las medidas cautelares tienden a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en ése o en otro proceso.

Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo y el arraigo, sino que se deberá contar con la facultad que se da al juzgador para que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar *innominadas*.

Estas encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin

³⁸ Arazi, Roland, *Medidas...*, op. cit., p. 5.

³⁹ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, *et al, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2000, p. 3260. Al respecto este autor nos señala que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) tiene elementos suficientes como para entender que acoge una forma de entender las medidas cautelares clásicas, circunscrita a su tradicional función de asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena. Pero a la vez hay también razones para entender que posibilita o tolera una forma mucho más amplia y agresiva de concebir las medidas cautelares: la que entiende que, con la técnica de las medidas cautelares, puede adelantarse al inicio del proceso – a veces en su totalidad – la ejecución de la sentencia condenatoria que tal vez se dice terminada su sustanciación.

al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Fernández-Ballesteros, nos indica que llaman la atención de las medidas cautelares su “provisoriedad o interinidad, hace que esten supeditadas al transcurso del tiempo que transcurre desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución y su mutabilidad o variabilidad en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen”.⁴⁰

No debemos olvidar que para que se adopten las medidas cautelares es necesario que el derecho sea verosímil y que exista un peligro real en la demora, ya que de lo contrario no se autorizarán éstas.

La finalidad de las medidas cautelares, señala Novellino, es evitar que “se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable”⁴¹.

Además, es viable señalar que el proceso cautelar busca de antemano la celeridad del procedimiento, siendo, desde luego, un instrumento necesario para asegurar la efectividad de una futura resolución, en base al interés jurídico que tiene el solicitante de la medida, ante el retardo del proceso⁴².

En base a ese interés que se comenta, es importante señalar que “las medidas cautelares no se otorgan a capricho o simplemente para darle celeridad al proceso, sino que debe existir un peligro por el retardo en el proceso”⁴³.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Novellino, Norberto José, op. cit., p., 23.

⁴² Allorio, Enrico, *Colección Ciencia del Proceso, Problemas de Derecho Procesal*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 289, Precisa el autor que el interés en la medida provisional podría existir con independencia del peligro.

⁴³ Ibidem, p. 290. Es de señalar que debe existir una causa justificada para la adopción de las medidas cautelares, ya que la tutela cautelar no se otorga nunca sin una necesidad.

Desde luego que lo que se trata es de evitar que se frustre la posibilidad de obtener la garantía de hacer efectiva la sentencia en los términos en que ésta beneficie al derecho del accionante.

Al respecto, Carnelutti precisa que la “duración del proceso (usualmente largo y prolongado) es uno de sus defectos humanos, que aún cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán ser eliminados del todo”⁴⁴.

Jové, es de la opinión, que en la actualidad es “preocupante que el demandado aproveche la buena fe de la duración del proceso para disminuir la efectividad de la decisión final”, además de que es inquietante que la satisfacción plena del derecho reconocido en la sentencia sólo se logra con una resolución rápida⁴⁵.

En la actualidad, la práctica forense se encuentra ante procesos dilatorios, que no permiten el avance de éste y que desde luego hacen que se retrasen, y por ende las sentencias declaratorias respecto a los derechos subjetivos que tienen los justiciables⁴⁶.

Cuántos casos existen de personas que caen en el desconsuelo de tener que esperar años para ver materializada una sentencia, prescindiéndose del carácter expeditivo de la justicia. Por lo tanto, la finalidad de las medidas cautelares consiste en proveer el remedio dispuesto por el legislador para aminorar el peligro por la duración del proceso.

⁴⁴ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 243.

⁴⁵ Jové, María Angeles, *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*, José María Bosch, Barcelona, 2000, p.15.

⁴⁶ Idem. En “Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil”, *Revista Justicia*, número 1, 1985, p. 78. Al respecto se manifiesta Ramos Méndez de que lo ideal sería que una respuesta rápida pudiera obtenerse a través del proceso ordinario y con carácter definitivo. Pero cuando estamos comprobando el atasco de los juzgados y la duración de los pleitos mucho mas allá de los amplios plazos fijados por la ley, entendemos se impone una línea de actuación distinta. Las resoluciones tardías equivalen a denegación de justicia en muchos casos.

Atinados son los comentarios que al respecto hace Calamandrei, al señalar que las “medidas cautelares serían el punto de confluencia de las dos exigencias fundamentales de la justicia: hacer las cosas pronto y hacerlas bien”⁴⁷.

Por lo anterior, el factor tiempo es uno de los principales objetivos que persigue el proceso cautelar, al adoptar la medida tendiente a garantizar tutela. Ya que el obligado especula con las ventajas que le puede brindar el retraso de una resolución que se declare firme.

En consecuencia, se debe procurar conseguir una sentencia cuya eficacia debe estar garantizada, para lo cual, el ordenamiento legal debe accionar las medidas cautelares necesarias, cuando se encuentra presente el peligro de frustrar el resultado del juicio ante la imperiosa incertidumbre que provoca a las partes el proceso.

Jové reflexiona en el hecho de que es necesario resaltar que en la actualidad se requiere de “una administración de justicia que responda a tiempo a las necesidades propias de la sociedad, ya que la judicialización de las relaciones sociales, implica un actuar inmediato del Estado, a través de mecanismos eficaces que tengan como principio la celeridad procesal, tan necesaria para evitar conatos de irritación social”⁴⁸.

Además, “la garantía cautelar se encuentra al servicio de la actividad jurisdiccional ya que permitirá restablecer, en definitiva, la observancia de la norma”⁴⁹.

⁴⁷ Ibidem, p. 14.

⁴⁸ Ibidem, pp. 15, 16. Refiere Jové que por ello, conviene tener muy presente las necesidades del momento histórico. Si en otras épocas los problemas que accedían a los tribunales podían permitirse el lujo de una resolución a largo plazo, nuestra sociedad contemporánea plantea conflictos que exigen respuestas rápidas, aunque sea con carácter provisional.

⁴⁹ Novellino, Norberto José, op. cit., p. 24. Al respecto es importante precisar que “a misma esta destinada, más que hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. En consecuencia, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento.

1.5. Clasificación de las medidas cautelares

Señala Arazi que se pueden adoptar distintos criterios para clasificar las medidas cautelares. De igual forma, Conde Muñoz y Carazo Dorado establecen lo propio; sin embargo, para los fines de este trabajo, tomaremos primeramente la clasificación de Arazi, quien las ordena de la siguiente manera:

a) Según la forma en que estén legisladas, se clasifican en *nominadas*, que son las señaladas por la legislación positiva.⁵⁰ *Genéricas*, las cuales pueden adoptarse todas las necesarias para mantener la situación de hecho existente.⁵¹

b) Según la forma de tramitarse pueden adoptarse dentro del proceso principal, o bien, de manera autónoma, ya sea antes o después de iniciado el proceso principal.⁵²

c) Según la finalidad que persigue la medida cautelar puede ser de aseguramiento de la futura ejecución forzada (secuestro provisional, embargo de bienes), con lo cual va a permitir al peticionario o accionante disfrutar de un derecho que se veía insatisfecho, por ello la importancia de estas medidas en la práctica.⁵³

d) Según lo que se intenta proteger, permite la adopción de medidas para asegurar bienes y personas (embargo, secuestro y arraigo).⁵⁴

Dicho lo anterior, Calamandrei apunta que “la individualización de la Ley mediante la declaración jurisdiccional de certeza, elimina para siempre toda posibilidad legal de falta de ella o de discusión respecto de aquello que es el derecho

⁵⁰ El Código de Comercio establece en sus artículos 1174, 1178 y 1184, establecen las distintas medidas que se pueden adoptar, que en su orden son el arraigo, el secuestro de bienes, el depósito o aseguramiento de bienes.

⁵¹ El Código Federal de Procedimientos Civiles, vigente, lo establece en su artículo 384.

⁵² Que en el caso de nuestra legislación Mexicana, tanto en materia mercantil y procesal civil se tramitan de manera incidental y por cuerda separada, tal como lo disponen los artículos 359 y 380 del Código Procesal Federal Civil, y 1170 del Código de Comercio.

⁵³ Tenemos como ejemplo las resoluciones dictadas en materia civil de manera interina para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo, como las que pueden ordenarse en el caso de la protección de personas, o en los casos de divorcio.

⁵⁴ El Código de Comercio establece en su artículo 1178 el secuestro y el 1174 el arraigo, y artículo 389 del Código Federal de Procedimientos Civiles lo menciona como embargo, pero dicho artículo no menciona el arraigo, sino el depósito.

del caso concreto”. Pero, una vez declarado cierto el mandato, es todavía posible que el mismo permanezca prácticamente sin ejecutar⁵⁵.

Resuelto, a través de la fase de la jurisdicción que se llama la cognición, el problema de la certeza del derecho, queda abierto el problema de la ejecución práctica del derecho declarado cierto. Una vez que se ha llegado a la declaración oficial de certeza, puede ocurrir que la conducta del obligado se ajuste, sin más, a tal precepto, pero puede suceder también que el obligado deliberadamente se niegue a obedecer un mandato ya indiscutido⁵⁶.

Calamandrei indica que el modo que “el Estado asegura la observancia del Derecho, es a través de la función jurisdiccional que se llama ejecución forzada”.

La función jurisdiccional comprende también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mando concreto sea efectivamente observado⁵⁷.

Agrega Carnelutti que el objeto fundamental de una medida cautelar “no es tanto el de asegurar un interés a alguien cuanto el de prevenir daños del litigio que no el proceso de cognición ni el ejecutivo son aptos para eliminar a causa de su duración”⁵⁸.

En este sentido Mejorada Chauca afirma que la medida cautelar podría entenderse como un “acto por el que, a petición de parte, el órgano jurisdiccional adelanta los efectos de un fallo definitivo, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede implicar la demora de una sentencia definitiva”. Precisamente, sea cual fuera el instante procesal dentro del cual sea solicitada, para

⁵⁵ Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial De Palma, Buenos Aires, 1943, p. 354. Si observamos el tratadista nos adentra al hecho de que no obstante obtenerse una resolución favorable, ésta corre el riesgo de no poderse ejecutar.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Carnelutti, Francesco, *Institución del Nuevo Proceso Civil*, cuarta edición, editorial Depalma, Argentina, 1972, p. 238.

la procedencia y admisión de una medida cautelar deben concurrir dos requisitos, la apariencia del derecho invocado y el peligro en la demora⁵⁹.

Finalmente opina Podetti que las medidas cautelares, en general, están “comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción como derecho deber del Estado aunque pueda verse, en algunas de ellas, una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados”⁶⁰.

1.6. Características de las medidas cautelares

A continuación señalaremos las características propias de las medidas cautelares, mismas que son la instrumentalidad, que recae en el aseguramiento de una supuesta ejecución forzosa futura; la *provisionalidad* o *temporalidad*, la *jurisdiccionalidad* y la *dispositividad*.

Retomando a manera de comparación legislativa, la nueva Ley Enjuiciamiento Civil de España, ésta enumera en diversos preceptos legales las notas que caracterizan a las medidas cautelares sobre la jurisdiccionalidad, dispositividad, instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, y accesoriedad, generalmente con audiencia de parte contraria.

Las medidas cautelares en la legislación española son solicitables antes o durante el proceso de declaración y finalmente se permite que el juez pueda decretar como cautelares órdenes y prohibiciones de contenido similar al objeto litigioso.

Cabe señalar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de España pretende en el proceso cautelar, no prejuzgar en la sentencia anticipatoria; autores como Arazi, agregan una característica más, la relativa a la *inaudita parte*, misma que estudiaremos en su momento.

⁵⁹ Mejorada Chauca, Martín, *Las Medidas Cautelares*, editorial Themis, Lima, 1991, p.55.

⁶⁰ Podetti, Ramiro, “Las Medidas Cautelares y el Embargo de los Frutos de la Cosa Litigiosa”, *Revista de Derecho Procesal*, año 1, segundo trimestre, Buenos Aires, 1943, p.138.

1.6.1. Jurisdiccionalidad

Consiste en la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para conocer y resolver sobre la adopción de la medida cautelar que se solicita, respecto de las que se encuentran reguladas por los códigos procesales⁶¹.

Cabe establecer que únicamente compete a la autoridad que conoce de la medida cautelar solicitada resolver sin que intervenga ningún otro órgano que sea incompetente.

El principio de la jurisdicción será acorde a la figura de la competencia, en donde se podrá acudir ante un órgano jurisdiccional incompetente, pero éste tendrá la obligación de remitir el expediente a la autoridad que deba conocer o que conozca del juicio en lo principal.

1.6.2. Dispositividad

Atendiendo al principio dispositivo, este implica que sólo a instancia de parte se podrá conocer sobre las medidas cautelares y no de oficio se avocará la autoridad a conocer y resolver. Cabe señalar que este principio, por lo regular, opera en casi todas las ramas del derecho privado.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se precisa que la dispositividad comporta, previa solicitud y necesidad de señalar expresamente “la clase de medida que para el supuesto concreto deba acordarse: únicamente la pedida”⁶².

1.6.3. Instrumentalidad

En sentido amplio, se alude con esta nota a que su objeto será facilitar los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

⁶¹ Pedraz Penalva, Ernesto, *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Lerdo Print, S.A, España, 2000, p. 46. Agrega el autor que la jurisdiccionalidad “dimana de la misma potestad jurisdiccional que en entre otras atribuciones comporta la cautelar, de la que surgirá el derecho a la pertinente actividad a través del enjuiciamiento singularmente regulado por el legislador ordinario”.

⁶² Idem.

La instrumentalidad supone, según Calamandrei, que estas medidas “carecen de fin en sí mismas por estar indefectiblemente preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, del que se aseguran preventivamente la eficacia y utilidad”⁶³.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española se establece que la instrumentalidad “radica en que las medidas cautelares que van dirigidas a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia”⁶⁴.

En la Enciclopedia Jurídica Básica, refiere a la instrumentalidad como la nota esencial de las medidas cautelares, ya que existen en función de otro proceso⁶⁵.

Con relación a esta característica se desprenden otras dos cuestiones, indicadas por Pedraz Penalva, que son, en primer lugar su “funcional y exclusivo nexo con un proceso pendiente o futuro, lo que impone necesariamente la solicitud de la cautela pendiente proceso o con vistas a un proceso cuyo planteamiento es menester para que permanezca la medida otorgada”⁶⁶; así como la reserva del derecho a la tutela cautelar al actor o futuro demandante ante un derecho que pudiera resultar insatisfecho⁶⁷.

Con relación con la primera parte, este autor advierte que la medida asegurativa ha de referirse a situaciones que durante la pendencia del proceso impidieron o dificultaren la eficacia de la eventual sentencia⁶⁸.

Señala Fuentes Camacho, que la “reserva del derecho a la tutela cautelar está en pro del actor principal o reconvenional”⁶⁹.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Voz “Medidas Cautelares”, en *Enciclopedia Jurídica...* op. cit., p. 4226.

⁶⁶ Pedraz Penalva, Ernesto, *Las Medidas...*, p. 61.

⁶⁷ Ibidem, pp. 62,63.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Fuentes Camacho, Víctor, op. cit., p. 18.

Dicho autor también indica que la medida puede ejercitarse por el ejecutante o el futuro demandante, con exclusión del demandado o potencial sujeto pasivo del proceso principal, sobre cuyos bienes o derechos previene la ley que recaerá la medida, y además debiendo guardar lo que se pretende en el proceso principal. Entendido con otras palabras solo el demandante de las medidas puede pedir la cautela.

Fuentes Camacho aclara que la “instrumentalidad de las medidas cautelares civiles respecto del proceso principal, entendida en el sentido de vinculación de las mismas a la resolución final cuya ejecución se trata de asegurar, se concibe asimismo por Calderón Cuadrado como la principal característica configuradora de aquéllas”⁷⁰.

1.6.4. Provisionalidad y temporalidad

Esta característica consiste en que para levantar la medida se requiere que se presente alguna de las formas anormales que extingan la pretensión o bien el reconocimiento de ésta durante el proceso, por lo que su duración cubre el lapso de tiempo existente entre el momento en que se insta al órgano jurisdiccional y la efectividad del derecho.

La provisionalidad es otra de las notas destacadas por la literatura especializada en este contexto; indica al respecto Pedraz Penalva, que para Calamandrei, consiste en la “limitación de la duración de los efectos declarativos o ejecutivos de la resolución de los efectos declarativos o ejecutivos de la resolución cautelar”⁷¹.

Se distingue de la temporalidad por cuanto la interinidad, y significa que está destinada a pervivir hasta que sobrevenga un evento posterior con base y en atención al cual el estado de hecho subsiste en el tiempo, en tanto que la temporalidad se refiere

⁷⁰ Ibidem, p. 16.

⁷¹ Pedraz Penalva, Ernesto, “La Tutela Cautelar...”, op. cit., p. 175.

a que no dura siempre, esto es, con independencia de que tenga lugar otro evento en sí una duración limitada⁷².

Agrega Arazi, que las medidas cautelares son provisionales, por que “una vez ordenadas, el juez, al oír a la contraria, puede revocar su decisión – una vez interpuesto el recurso correspondiente o manifestada su oposición”⁷³.

También puede ser modificada la medida o dejada sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla.

1.6.5. Accesoriedad

El legislador no sólo habla de temporalidad y provisionalidad, sino que a mi juicio, vinculando la provisionalidad a la instrumentalidad, alude a otra nota que sería la de “accesoriedad”. De esta manera, en la nueva Legislación procesal española se rubrica “accesoriedad de las medidas cautelares”⁷⁴. Las medidas cautelares en palabras de Arazi, no tienen un fin en sí mismo o *per se*.

Lo anterior obedece al hecho de si las medidas fueron ordenadas y hechas efectivas antes del proceso principal, o bien por el contrario si se trata de obligaciones exigibles, la demanda debe interponerse dentro del plazo señalado en la legislación.

Por ende, su existencia dependerá de las condiciones en que se desarrolle el proceso principal, en que pueda resultar favorable la pretensión del actor, y con ello tener en su momento una sentencia benéfica a sus intereses.

Desde la concepción expuesta de la provisionalidad, matizada con la temporalidad y, normativamente, con la accesoriedad, se infiere que la medida

⁷² Ibidem, p. 71.

⁷³ Artículo 1187 del Código de Comercio, que establece que la persona contra quien se haya dictado una providencia precautoria puede reclamarla en cualquier tiempo, pero antes de la sentencia ejecutoria.

⁷⁴ Pedraz Penalva, Ernesto, op. cit., p. 71.

cautelar ha de durar en tanto cuanto subsistan las circunstancias que ocurrieron para su acuerdo.

1.6.6. Inaudita parte

Una última característica de las medidas cautelares lo es la “inaudita parte”, que consiste en que las medidas se ordenan sin oír previamente a la parte contraria; el juez funda su decisión en los hechos que afirma y que acredita sumariamente el peticionario⁷⁵.

Esta es una característica que encontramos en toda legislación procesal sobre medidas cautelares, por lo que se tiende a garantizar un derecho que pudiera resultar insatisfecho por su inejecutabilidad.

Al respecto tenemos jurisprudencia firme de nuestro alto Tribunal Constitucional que establece que las medidas cautelares no constituyen actos privativos, por lo que para su imposición no rige la garantía de previa audiencia⁷⁶.

La inaudita parte encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución, pero sin hacer del conocimiento del futuro demandado de las medidas adoptadas.

Como lo señalábamos con relación a la caución, ésta se otorga con la suma intención de preservar la igualdad de los litigantes, para que el beneficiario de la

⁷⁵ El Código de Comercio de México establece en su artículo 1181, que para ni recibir la notificación, ni para dictar una providencia precautoria se citará a la persona contra quien ésta se pida.

⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, novena época, pleno, Tesis P/J. 21/98, marzo de 1998, p. 18, cuyo rubro y texto establece: MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICION NO RIGE LA GARANTIA 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 por sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios...; ...por lo que debe considerarse que tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultados 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.

medida garantice el pago de los daños y perjuicios que se pudieran causar al demandado por haber obtenido la medida cautelar, pero que pudo no haberla necesitado, o bien, abuso o se excedió en el derecho que la ley le otorgó⁷⁷.

1.7. Presupuestos de las medidas cautelares

Para que se puedan decretar las medidas cautelares, el órgano jurisdiccional tiene que apreciar si se reúnen los requisitos básicos y una vez recabados, la autoridad, al haber valorado las circunstancias y actuado con verdadera prudencia, inmediatamente resolverá, pero sobre todo con un sentido realista.

Señalaremos, que los presupuestos o elementos configuradores de las medidas cautelares son los mínimos indispensables para que pueda decretarse una medida cautelar por parte del órgano jurisdiccional. Así tenemos que la situación jurídica cautelar es la pretensión (acción) que constituye el objeto del proceso principal y para cuyo aseguramiento se somete a la autoridad judicial la medida cautelar solicitada⁷⁸.

Por otra parte, y como regla general para el solicitante de la medida cautelar, es presupuesto para la adopción éstas la prestación de la caución – garantía – por el solicitante.

La medida cautelar que se ordene debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial.

La adopción de medidas cautelares pone a los órganos jurisdiccionales en una postura difícil, sobre todo ante el gran reto de procurar que no se tilde a la autoridad

⁷⁷ Arazí, Roland, op. cit., p. 6.

⁷⁸ Fernandez-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 4222. El autor nos recuerda que los requisitos para la adopción de las medidas son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora así como la prestación de fianza. La apariencia de buen derecho a de acreditarse, según el art. 1.428.I del LEC, presentando un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad la obligación.

de parcial y que se rompa con el principio de seguridad procesal y del buen derecho, procurando con ello, mantener un equilibrio durante el proceso⁷⁹.

Señalado lo anterior, procederemos al estudio de los presupuestos de las medidas cautelares.

1.7.1. El *periculum in mora*

El peligro en la demora establece el interés jurídico del peticionario, antes o después de presentada la demanda; por ende, constituye la razón de ser de las medidas.

Es por esto que, como lo señala Arazi, en las obligaciones de dar sumas de dinero, “el peligro está en la eventual insolvencia en que puede caer el deudor; en la petición de condena a dar una cosa, el temor sería que el demandado disponga de la misma”⁸⁰.

El presupuesto determinante de la medidas cautelares es la amenaza de que en la mora del proceso se produzca un daño irreversible, esto es, de imposible o difícil reparación⁸¹.

El peligro pudiese resultar de la cosa u objeto del cual se solicita la medida, ya que resulta importante su custodia, para dar seguridad al resultado del fallo definitivo, como por ejemplo el secuestro de bienes; o por otra parte, un embargo provisional, cuando se acredita que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes o se prueba que el demandado puede declararse insolvente. Muy importante es que no basta que el peticionario manifieste su temor, sino que se requiere que demuestre los hechos de que se tratan de manera objetiva.

⁷⁹Ibidem, p. 3221. Fernández-Ballesteros precisa que la existencia y buena ordenación de un completo sistema de medida cautelares es, sin duda, de extraordinaria importancia para una eficaz administración de justicia.

⁸⁰ Arazi, Roland, op. cit, p. 8.

⁸¹ Fuentes Camacho, Víctor, op. cit. p. 20. Cabe señalar al respecto, que en el curso impartido por L. Collins en la Academia de la Haya de Derecho Internacional en 1992 indicaba que la prevención del *periculum in mora* se concibe como principal objeto de las medidas provisionales y cautelares, entendido en el sentido de aseguramiento anticipado de la futura ejecución de la decisión final del pleito y de la eficacia de la protección judicial. En opinión de este autor, la función primaria y más importante de las medidas cautelares o provisionales consiste en preservar la integración de la resolución final; pero, a su vez, cumplen una segunda, íntimamente conectada con ella y también muy importante, consistente en asegurar su efectividad, respectivamente.

Siendo el denominado *periculum in mora* uno de los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares, la resolución que recaiga deberá formarse además del *fumus boni iuris*, otro presupuesto que será analizado también. Es obligación de quien pide la medida cautelar afirmar y probar, pues es un supuesto de la medida cautelar, no de la sentencia de fondo, la existencia de *periculum in mora*.

El *periculum in mora* se constituye como el peligro de un daño jurídico urgente e inminente que se deriva del retraso procesal, afectando al demandante, propiciando la demora de la resolución definitiva⁸².

En este contexto, el *Periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, proporcionalidad y eventualmente caución son presupuestos imprescindibles de las medidas cautelares⁸³.

El peligro en la demora (*periculum in mora*) más que un requisito es la razón que motiva y que interesa a la aplicación de una medida cautelar.

Dicha razón, como se mencionó, es el riesgo que se corre antes o después del proceso, de que durante la substanciación del proceso se susciten circunstancias que se propician por el demando, pero que acontece por el paso del tiempo, mermen o impidan la efectividad de una sentencia que se estima favorecerá al demandante.

Según Calamandrei, no puede “existir una plena declaración jurídica, pues en ese caso el cautelar sustituirá al proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia, porque de lo contrario repugnaría a la plena contradicción que ha de regir en el proceso a través del que debe decidirse, más allá

⁸²Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p.3294. Ballesteros explica que el *periculum in mora* se considera como el más importante requisito para que una medida cautelar sea adoptada: que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución (*periculum in mora*). Donde no hay *periculum in mora* no debe haber medida cautelar.

⁸³Ibidem., p. 4223. En la adopción de las medidas cautelares no pueden dejar de ponderarse los efectos que esas medidas pudieran tener para los intereses generales.

de toda duda razonable, sobre la juridicidad y eventual relevancia de las afirmaciones parciales”⁸⁴.

A ello, se agrega el hecho de que exigir una completa convicción judicial acerca de la juridicidad, y en su caso, relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario a la urgencia del *periculum in mora*, es decir, agravaría la contingencia de un pronunciamiento principal ilusorio (por desaparición por ejemplo del bien reclamado) e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva⁸⁵.

En España, este presupuesto tiene relevancia ya que con la entrada en vigor de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁶, se da un buen tratamiento a las medidas cautelares, tanto en sus presupuestos y características.

Así, la nueva legislación española establece en el art. 728.1 que, después de establecer que la medida cautelar está destinada a mantener el derecho en litigio, eludiendo acciones u omisiones del demandado idóneas para alterar el bien o derecho, sólo será utilizada para prevenir o para modificar situaciones consentidas por el solicitante durante largo tiempo; es por ello que Calamandrei señaló con respecto al presupuesto, que “existiera un derecho que se encontraba en peligro de no poderse satisfacer”⁸⁷.

En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en el retardo en que se incurre para dictar la autoridad su pronunciamiento, encuentra la justificación la medida cautelar, con la que se busca evitar un daño irreparable manteniendo momentáneamente los efectos de la sentencia definitiva y que garanticen en su momento la tutela judicial efectiva.

⁸⁴ Pedraz Penalva, Ernesto, op. cit., p. 36.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Misma que entró en vigor el 8 de enero del año 2000, cuando el Boletín Oficial del Estado Español la publica y abroga a la de 1881.

⁸⁷ Pedraz Penalva, Ernesto, op. cit., p. 40. Señala el autor que ya en 1936 Calamandrei mantuvo que, para obtener la cautela cautelar, se requeriría la apariencia y el derecho de un peligro de insatisfacción del derecho aparente.

El riesgo de daño que puede afectar sobre el actor o posible demandante por la demora o dilación temporal que tiene el proceso litigioso, pero que de concederse la medida otorga garantías a éste, pero que de no otorgarse la medida puede ocasionar que durante ese tiempo, el demandado sea insolvente.

1.7.2. El *fumus boni iuris*

La “apariencia del buen derecho” o “verosimilitud del derecho” como lo nombra Arazi, es un presupuesto básico, ya que no se trata de la certeza absoluta de la pretensión, sino de la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*).

Por lo anterior, el peticionario tiene la carga procesal de acreditar que hay toda la probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en que se funda su pretensión.

En ciertos supuestos la pretensión u omisión de las partes en el proceso permite presumir que el derecho de su contraria puede ser creíble o verdadero como por ejemplo la declaración por parte de la autoridad de la rebeldía o la confesión expresa o ficta de una de las partes o litigantes.

Ahora, por lo que respecta al siguiente presupuesto, relativo al *fumus boni iuris* o apariencia jurídica o de “prevalencia jurídica del buen derecho”⁸⁸, la misma deberá ser más o menos intensa en función de la concreta medida cautelar que se solicite, pero en todo caso es el elemento más delicado de las medidas cautelares.

Fummus boni iuris, o “apariencia del buen derecho”, no es otra cosa que aquel presupuesto aunado al *periculum in mora* que supone la injerencia en la esfera jurídica del demandado, para asegurar la pretensión que se ejercita en un proceso⁸⁹.

⁸⁸ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, *et al*, op. cit., p. 3296. Así, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho, lo que ha dado en llamarse *fumus boni iuris*, ordinariamente, presentado un principio de prueba por escrito, pero también puede ofrecerla por otros medios.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 4223. El *fummus boni iuris* es la apariencia de la conformidad a Derecho de la pretensión de quien solicita la tutela cautelar, o la apariencia de ilegalidad del acto administrativo frente al que esa tutela preventiva se solicita

Además de que la medida no debe adoptarse sin que el solicitante de la medida acredite la realidad de su derecho, es decir, que el solicitante aportará las pruebas necesarias para acreditar su necesidad cautelar con datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un juicio provisional favorable al accionante con relación a su pretensión.

El *fumus boni iuris*, para concluir y dar paso al siguiente presupuesto de que también debe calificarse como tal, es el de la prestación de caución para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado⁹⁰.

Sin embargo, y ya por conclusión, es el hecho de que este presupuesto que se estudia y el peligro por la demora deben concurrir al mismo tiempo, ya que no bastará que se de sólo uno de ellos y que la autoridad deberá cuidar para otorgar la medida solicitada.

Pedraz Penalva señala que la “acreditación por parte del solicitante de la existencia de un *periculum in mora* debe referirse, necesariamente, a un peligro concreto de imposibilidad de ejecutar, en su caso, una eventual sentencia estimatoria respecto a la pretensión que se ejercitó”⁹¹.

El mismo Pedraz Penalva indica que Calamandrei distinguió, entre “*il pericolo de infruttuosità*”, expresivo de la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz (fructuoso) el pronunciamiento, y el peligro de retraso (“*il pericolo di tarditività*”), que da lugar a la situación de necesidad del solicitante.

Concurre pues una valoración objetiva y directa del primero consistente en el mantenimiento de los bienes hasta el momento de la eventual realización judicial, y,

⁹⁰ Rifa Soler, María, *et. al.*, *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Lerdo Print, España, 2000, p. 106. El *fumus boni iuris* constituye otro presupuesto de adopción de la medida cautelar. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

⁹¹ Pedraz Penalva, Ernesto, *op. cit.*, p. 36.

conectando los efectos de la decisión principal con la situación personal de peticionario con base en el cual una ejecución forzosa diferida, puede llegar a ser infructuosa ante la falta de bienes del deudor.

1.7.3. La caución

En su obra, Arazi da el nombre de “contracautela a la caución (garantía) que debe otorgar quien solicita una medida cautelar, toda vez que como norma general, quien solicita una medida cautelar debe garantizar los daños que pueda originar o causar al futuro demandado y contra quine se otorga la medida cautelar solicitada”.

Señala, además, que la contracautela – caución – no se presta al resultado del juicio sino a la medida cautelar, ya que resultaría más gravoso para el demandado, una vez demostrada la inoperancia de la medida, que tuviera que aguardar hasta que se resuelva el proceso principal, por lo cual tiene que limitarse el peticionario a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que por la adopción de las medidas se sigan.

La caución se finca en el principio de igualdad, permitiendo un equilibrio entre las partes al sufrirse en la demora, respecto a la bilateralidad.

Así, cabe observar, por un lado, que se autoriza al peticionario a asegurar un derecho aún no reconocido judicialmente, sin escuchar a la contraria, y por el otro, se garantiza al demandado mediante el pago de una compensación, por daños causados por el proceso.

La caución, en cuanto presupuesto, no es otra cosa que el garantizar los daños y perjuicios que se ocasionen en contra de quien se aplicó la medida cautelar.

La caución o garantía que se otorga por quien obtiene a su favor una medida cautelar, tendrá como objeto responder de los daños y perjuicios que puedan causarle al futuro demandado si se demuestra que la medida carecía de fundamento, o bien, si

es con posterioridad revocada (como consecuencia de la oposición del demandado, o porque el actor pierde el litigio en lo principal).

Algo interesante es el hecho de que con la efectiva obtención de una medida cautelar adoptada, ello supone una notable ventaja psicológica y económica a favor del actor y en perjuicio del demandado.

Cabe señalar, asimismo, que la presumible insolvencia del deudor y reconociendo a la autoridad jurisdiccional o administrativa su tarea de valorar cualquier situación que se presente, ésta tiene la noble función, atendiendo a los motivos racionales suficientes para concluir si se adopta la medida cautelar solicitada.

Al adoptarse la medida cautelar, se procura de que el deudor no malbarate u oculte sus bienes, por tanto, no es motivo para dejar al accionante o peticionario, ante dicha presunción que demuestre al juez esos extremos, por eso que no se deje al peticionario libre de toda responsabilidad por los daños que se llegaren a ocasionar por la medida que se adoptó al demandado.

La caución, ante el peligro por la mora y a la apariencia del buen derecho proclama, que el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, o bien a su persona en tratándose del arraigo o bien en la suspensión de un hacer. Por otra parte, en la legislación española, el solicitante de la medida ha de prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la cautela pudiera producir en el patrimonio del demandado.⁹²

⁹² El artículo 737 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, establece que la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. El Tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución.

La caución, como presupuesto de la medida cautelar, debe satisfacerse previamente al cumplimiento de la medida adoptada, situación similar sucede en el caso de nuestra legislación.⁹³

Veamos ahora a los criterios que se tienen en España con relación al tema que tratamos, por ejemplo España en su Ley de Enjuiciamiento Civil, el tribunal español atenderá a la caución atendiendo en primer término a la naturaleza y contenido de la pretensión.

En este primer criterio la pretensión cautelar, es decir, a la cautela que se ha solicitado, según esta interpretación el tribunal deberá fijar la caución en función de la afectación al demandado. Establece Rifá Soler que la “cuantía de la caución la determinará el órgano judicial atendiendo, por una parte, a la apariencia de buen derecho acreditada por el actor y, por otra, a la propia pretensión cautelar”⁹⁴.

No debe olvidarse que en este primer criterio determinar la cuantía de la caución no es otro fin que garantizar los daños y perjuicios que se pudieran causar al demandado.

Como segundo criterio se atiende a la valoración que realice el Tribunal respecto a la prueba aportada por el solicitante, en orden al fundamento de la adopción de la cautela; por tal motivo, “será necesario que el Tribunal aplique las reglas generales sobre prueba”⁹⁵.

El tercer criterio “obedece a razones o motivos de idoneidad y suficiencia con relación a la cuantificación de los daños y perjuicios que se pudieran causar al patrimonio del demandado”⁹⁶.

⁹³ En los artículos 1174 y 1176, así como en el artículo 1179 del Código de Comercio, que para los dos primeros artículos que se refieren al arraigo y el tercero respecto al secuestro provisional, que en ambos casos la fianza será para garantizar los posibles daños y perjuicios que se pudieren ocasionar al demandado. Asimismo el artículo 393 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que se decretará la medida una vez que se otorgue garantía. No sucede lo mismo en la Ley Federal del Trabajo, lo que en su momento explicaremos.

⁹⁴ Rifá Soler, María, op. cit., pp. 107,108.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

Como último criterio, se deberá tener presente que el Tribunal puede también “decidir adoptar la cautela sin que se preste caución por el actor, cuando así se disponga por la ley”⁹⁷.

No cabe la menor duda que la caución tiene por finalidad garantizar los daños y perjuicios que la respuesta, rápida y efectiva de la adopción de la medida cautelar, autorizada por el órgano jurisdiccional pudiera causar en el patrimonio del demandado.

1.7.4. Proporcionalidad o interés general

Además de los presupuestos señalados en párrafos anteriores, existe un cuarto que es el de la proporcionalidad. Este principio, que no es otra cosa el interés general⁹⁸, en la aplicación de las medidas cautelares no pueden dejar de ponderarse los efectos que esas medidas pudieran ocasionar para los intereses generales en la tutela judicial.

Cabe señalar que en el interés general o proporcionalidad en los efectos que se ocasionen con la adopción de las medidas cautelares, la efectividad de la tutela judicial⁹⁹ debe también predicarse respecto del acto administrativo, o mejor dicho, respecto de los intereses generales a los que éste atiende, para evitar que éstos sufran un daño irreparable en la mora del proceso.

Por ende, resulta de vital importancia éste termino, ya que el alcance que deba darse al interés público en ese juicio ponderativo no puede definirse *a priori*, ni en un sentido ni en otro; esto es, ni para afirmar su prevalencia sobre el interés de lo administrado, ni para excluir radicalmente su toma en consideración, pero es claro que no debe excluirse de la toma de decisión relativa a las medidas cautelares¹⁰⁰.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Voz “Medidas Cautelares”, *Enciclopedia Jurídica...*, op. cit., p. 4223. Finalmente, en la adopción de las medidas cautelares no pueden dejar de ponderarse los efectos que esas medidas pudieran tener para los intereses generales a los que el acto administrativo sirve.

⁹⁹ El concepto de tutela judicial efectiva se trato en el tema 1.4.

¹⁰⁰ Voz “Medidas Cautelares”, *Enciclopedia Jurídica...*, op. cit., p. 4223. Chinchilla Marín refiere a un caso que se llevó ante el Tribunal Constitucional, el cual resolvió en la sentencia 148/1993 en que en el incidente cautelar hay que verificar la concurrencia de un peligro de daño para el derecho cuya protección se impetra, derivado de la pendencia del proceso, la

La medida cautelar, ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; la lesión que se produzca no debe ser de tal grado que llegue a ser inasumible o perjudicial para el afectado. Por ello, se debe concluir, que tiene que ser apta para alcanzar el logro fijado por el legislador desde su apreciación judicial en el caso concreto, además de que sea necesaria para salvaguardar el interés del actor o demandante.

1.8. Las Medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil español

Toda vez que hemos venido desarrollando los presupuestos y características de las medidas cautelares, haciendo referencia a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, importante es conocer como trata a las medidas cautelares dicha legislación y de esa manera nos permitirá comparar con nuestra legislación procesal laboral si contamos con un adecuado tratamiento a las medidas cautelares.

Cabe señalar que para entender la institución de las medidas cautelares en el sistema jurídico español, es necesario que nos remontemos a la evolución histórica que ha tenido el derecho en la península ibérica.

Para nuestro sistema jurídico mexicano, el tener referencias históricas de España, resulta no sólo aconsejable, sino imprescindible, ya que resulta ser el país del que se adoptó su enseñanza jurídica e influyó durante siglos en todo el ordenamiento legal nacional.

Por tal motivo, al tener España un avance en el estudio de figuras procesales, como la que es materia de nuestro estudio, requerimos conocer los antecedentes de la legislación en España.

1.8.1. Antecedentes de la Legislación en España

La historia de las instituciones procesales resulta esencial en su estudio, ya que permite comprender el motivo por las que fueron creadas, y así, buscar nuevos mecanismos que permitan su permanente actualización.

Las civilizaciones antiguas como las de Oriente, Grecia y Roma, por señalar las más importantes, aportaron su acervo cultural y jurídico a los pueblos que iban conquistando con motivo del expansionismo que desarrollaron. Indica Véscovi que en el “caso de España se tuvo influencia del derecho romano, es por ello que el desarrollo del derecho procesal que nos rige tiene sus antecedentes en el derecho romano”¹⁰¹.

Es importante resaltar que una aportación al derecho procesal moderno lo fue la Revolución Francesa, tanto en materia civil como penal,¹⁰² sin embargo, y atendiendo al desarrollo de este trabajo, únicamente mencionamos la trascendencia que tuvo para el derecho, y que el sistema jurídico mexicano tiene su antecedente.

Sin embargo el proceso histórico-jurídico nos da la pauta para entender nuestro sistema jurídico nacional, así tenemos que al igual que los demás países hispanoamericanos, encontramos la influencia del derecho español. Se crearon y establecieron tribunales en las colonias, así como distintas leyes procedimentales que debían regular los conflictos en la época, pero que además tendrían vigencia aun después de su independencia.

1.8.2. Roma

Es conveniente señalar que Roma constituye la semilla que engendró la mayoría de las instituciones procesales que todavía en la actualidad se aplican en nuestro sistema jurídico.

¹⁰¹ Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, segunda edición, Temis, Santa Fé de Bogota, 1999, p. 21. En el desarrollo evolutivo del derecho romano, en el cual se originan la mayoría de las instituciones que conocemos. Unas pocas nos vienen del proceso germano por medio de la integración del proceso romano canónico que se gestó en la Edad Media.

¹⁰² Idem. Los códigos franceses del proceso civil de 1806 y el proceso penal (instrucción criminal) de 1808, que constituyen los más importantes modelos de los códigos modernos y contemporáneos.

El antiguo proceso romano se divide en dos momentos históricos: el *ordo iudiciarum privatorum* hasta el siglo III después de Cristo y la *extraordinaria cognitio*, que se desarrolló después del siglo III hasta el final del imperio romano.

En este primer momento histórico el proceso se divide en dos partes: “la primera que dirige el *pretor*, y la segunda en que se dicta la sentencia, se realiza por personas privadas”¹⁰³, en lo civil por el *iudex* (árbitro), y en lo penal por éste y los *iurati* (jurados), el magistrado (*pretor*) dirige la primera parte del proceso, y es quien confiere el poder de juzgar al *iudex* y a los jurados.

Este proceso primitivo se rige por el principio dispositivo, según el cual las partes disponen de sus derechos en el proceso, que en materia penal es el proceso acusatorio.

A su vez, en el procedimiento civil se distinguen dos fases del proceso: *in iure* e *in iudicio*. El procedimiento es formalista y requiere de las partes el pronunciamiento de ciertas palabras o la realización de ciertos ritos. Estas formas se encontraban primeramente previstas en las *legis actionis* (acciones de ley). Después se crea la forma escrita, permitiendo al *pretor* el otorgamiento de acciones aun no previstas, si la apariencia de derecho era verídico. “El *iudex*, gozaba de absoluta libertad para valorar las pruebas”.¹⁰⁴

Con el tiempo, este proceso primitivo fue reemplazado por un procedimiento oficial, dirigido por funcionarios, con lo que da inicio el carácter público del proceso. Por lo que el mismo da un giro desplegándose la operatividad del principio dispositivo ahora en inquisitivo, de público en privado, de oral en escrito y secreto. Es importante

¹⁰³ Vescovi, Enrique, *Teoría General...*, op. cit., p. 22. Vescovi nos precisa que el primer momento histórico se conoce como *Ordo iudiciarum privatorum*. En esta etapa, como hemos dicho, predomina el carácter privado del proceso, conforme a los principios generales dominantes en ese estadio primitivo y todavía, después que se sale de la etapa histórica más antigua, continúa prevaleciendo, pues aún cuando el gobierno se consolida y adquiere más poder se mantienen los principios de libertad inicial que ponían primordialmente en manos de las partes, la suerte del proceso. Que estaba sometido, en general a los intereses privados más que a los públicos.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 23

observar que en “cuanto a lo valoración de las pruebas, el sistema de libre apreciación se substituye por el de valoración legal o tasada”¹⁰⁵.

1.8.3. España

Establece Briceño Sierra que la “dominación romana en el territorio ibérico se presenta en el siglo II AC, siendo de carácter militar y bajo este dominio se introdujeron nuevos usos y costumbres. En cada provincia de España, cada gobernador o *pretor* tenía un *cuestor* o recaudador de tributos y un *legado* o representante con carácter de jefe militar y, a la vez, administrador de justicia”.¹⁰⁶

Con la difusión del Cristianismo se establece y expande la organización eclesiástica, teniendo a los obispos como primera jerarquía, seguidos de los presbíteros, los diáconos y los ministros, pues los títulos de arzobispo y primado no se emplearon sino hasta el Siglo VIII; Así, España tuvo una base jurídica fundada en el derecho romano-canónico, puesto que la Iglesia, a través del Derecho Canónico, también tuvo su aportación al desarrollo del orden jurídico ibero.

Una de las legislaciones de importancia es la legislación castellana. Castilla surgió en Asturias, continuó en León y se extendió a Galicia. En este sistema corresponde al rey la administración de justicia, pero su potestad no era absoluta y la era oponible el derecho de los súbditos, quienes podían litigar contra él. No podían disponer de la propiedad ajena ni dar cartas contra derecho natural¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 24. Véscovi precisa que el segundo momento histórico se conoce como la *extraordinaria cognitio*. En este segundo momento del proceso romano, nos encontramos con un procedimiento oficial dirigido por funcionarios de carácter público, consecuencia de la afirmación de la autoridad del Estado. El sistema dispositivo (acusatorio) cede el paso a un sistema más inquisitivo. El procedimiento (civil) se hace escrito, la publicidad cede el paso al secreto, la mediación sustituye a la inmediación. El acontecimiento judicial se documenta. También se suprime la división del proceso en dos fases; así mismo, la sentencia deja de ser irrecorrible y nacen la apelación y las sucesivas instancias. Puesto que los Tribunales juzgan por encargo del Emperador, es natural que éste puede reservarse la última instancia. Se mantiene la nulidad (casación) y el recurso extraordinario de revisión (*restitutio in integrum*).

¹⁰⁶ Briceño Sierra, Humberto, *Biblioteca de Derecho Procesal*, volumen I, segunda edición, Castillo Hermanos, México, 1999, p. 107.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 108. Briceño resulta indispensable recordar que el Libro Segundo, Título 1º, Ley 25 del Fuero Fuzgo, comienza por enumerar a los juzgadores: duques, condes, vicarios de éstos, *pacis adsertor*, tiufados, milenarios, quingentarios, centenarios, defensores de la ciudad, numerarios y los designados por el rey para ciertos asuntos o elegidos por las partes; a los cuales deben añadirse los obispos y las curias municipales. El procedimiento se seguía a instancia del actor, con citación al demandado por medio de un enviado del juez. Contestada la demanda, ambas partes se presentaban a ofrecer pruebas. El demandado quedaba libre por medio de juramento si las pruebas eran insuficientes.

Por su parte, el Fuero Juzgo se consideró como Ley General, principalmente en el Reino de León y es una de las “fuentes legislativas de la época de la reconquista”¹⁰⁸.

Continuó aplicándose el Fuero Juzgo, aunque la época no era propicia por el desorden de las continuas luchas y la ignorancia de este cuerpo legal en muchas de las comunidades. La administración de justicia vino a “realizarse conforme el buen sentido de hombres prácticos, cuyas sentencias recibieron el nombre de albedríos si las pronunciaban los árbitros, cuando las emitían jueces o el propio rey”¹⁰⁹.

La idea de formar un cuerpo que reuniera las leyes que se aplicaban hizo al Rey Fernando encomendar la formación de una regla de gobierno. La primera fue el “*Setenario* que comprende materias incluidas después en la Partida I, por lo que se le califica de “ensayo para lo futuro”. La siguiente obra fue el *Espéculo*, que consta de cinco libros y se atribuyen a Alfonso el Sabio”¹¹⁰.

La idea de formar un cuerpo que agrupara todas las leyes aplicables, condujo al rey Fernando a encomendar a doce hombres la formación de una regla de gobierno. De este código se dice que contiene unidad y método, claridad en sus disposiciones que no son casuísticas, y que abraza las necesidades de la época. Se compone de cuatro libros, el primero con doce títulos, con quince el segundo, veinte el tercero y veinticinco el cuarto.

Las Leyes de Estilo se llamaron también Declaraciones de las leyes del Fuero Real. Se dice que ningún rey las dictó, ni fueron promulgadas por las cortes, ni se comunicaron a los tribunales para que sirvieran de norma; aunque sólo tuvieron valor

¹⁰⁸ Becerra Bautista José, *El Proceso Civil en México*, vigésimo séptima edición, Porrúa, México, 1993, p. 260. Señala el autor que a consecuencia de la gradual reconquista del territorio se expedían fueros, que eran documentos que contenían los privilegios de los habitantes de una ciudad reconquistada a consecuencia de la rendición de sus caudillos

¹⁰⁹ Chiovenda José, *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 41. Este tratadista establece que una simple hojeada a las Leyes del Fuero Juzgo pone de manifiesto máximas acabadas de jurisdicción, de orden en la tramitación en los juicios, de aplicación de las leyes en vía contenciosa, de recepción de las pruebas en los pleitos, de la defensa y representación en juicio... y normas más concretas de actuación del Poder Judicial, si bien poco delimitadas por el Estado incipiente de las doctrinas de derecho público en la época.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.110. Indica el autor que Alfonso X alcanzó el calificativo del Sabio por el orden de sus trabajos, su índole y la importancia que les diera. Para el año de 1255 terminó el Código que fue promulgado con el nombre de Fuero Real o Fuero de las Leyes.

doctrinario, su autoridad fue grande entre los jurisconsultos y muchas vinieron a formar parte de la Novísima Recopilación. Comprende 252 leyes no clasificadas ni siquiera por títulos.

Las Leyes Nuevas de Alfonso el Sabio, se promulgaron después del Furon Real, y se tomaron de los Códices de la Iglesia de Toledo, habiéndoseles añadido otro del Escorial. Con ellas se intenta resolver las dudas que ocurrían a los alcaldes, al tiempo que se tratan cosas de diversa índole en secciones separadas y sin numerar.

Su objeto era reglamentar esas casas y el tráfico de dados que en ellas se hacían, intentando moderar los abusos, engaños, trampas, peleas y escándalos que ahí se cometían.

Tuvo escasos años de vigor y parece haber caído en desuso, sin haber pasado a otras leyes que, por oposición, impusieron severas prohibiciones al juego de azar.

Del “*Espéculo* no se insertan sus disposiciones en las colecciones por considerarlo un mero proyecto de las Partidas. Quedando dividido en libros y éstos en títulos que se subdividieron en leyes”,¹¹¹ el cual tiene su importancia, ya que es un antecedente de la uniformidad del derecho.

En dicho *corpus* se determinaban las cualidades para desempeñar la judicatura, los cargos de alguaciles, sayones y otros auxiliares; asimismo se reglamentaba el oficio de personero, el de abogado y el de escribano que se hacía

¹¹¹ Vizcarra Dávalos, José, op. cit., p. 20. Con la invasión de los árabes, el fuero juzgo cayó a su vez en desuso, naciendo la legislación foral, que tuvo se origen en las concesiones que los señores hacían a las ciudades para gobernarse, en la imposibilidad como se encontraban ellos mismos para dominarlas siendo los más famosos los fueros de Sepúlveda, León, Toledo, Logroño y especialmente, el fuero viejo de Castilla, que en su libro tercero establece un sistema completo de enjuiciamiento. Fernando el Santo, aprovechando sus conquistas, organizó un sistema judicial en el que echó las bases de una legislación uniforme. Este es el origen del *Espéculo* y del *Fuero Real* publicados en 1255 por don Juan II y complementados por las *Leyes de Estilo*.

por nombramiento del rey o por el señor. El *Espéculo*, siendo superior a otros códigos que le antecedieron, no pasa de ser ensayo de las Partidas.

Por su parte, las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio fue la obra mayor en materia judicial, constituye la transición entre el Fuero Viejo de Castilla, eminentemente tutelador de los señoríos, al Fuero Real, garantizador de los derechos municipales de ahí que en ellas preponderara el derecho canónico, pues el rey tenía que complacer también el clero para favorecer los intereses generales.

Las Siete Partidas, quedaron con fama imperecedera y base del estudio de jurisprudencia y tribunales, habiéndose hecho hasta veinte ediciones de tres textos.

La Primera Partida “habla de todas las cosas que pertenecen a la fe católica, que hace al hombre conocer a Dios por creencia; la Segunda de los emperadores y de los reyes y de otros grandes señores de la tierra que han de mantener en justicia y verdad; la tercera es la fundamental para el derecho procesal, habla de la justicia y como ha de haber orden en cada lugar, por palabra de juicio y por obra de hecho para resolver los pleitos”.¹¹²

El reinado de Alfonso XI, llamado el Justiciero se significó por “una política en que creció el poder real convocándose a las Cortes del Estado y al conceder a los pueblos autoridad. Las famosas Cortes de Alcalá, se crearon con la finalidad de apoyar los intereses del jerarca, procurando mantener abiertas éstas, dándoles actividad permanente”¹¹³.

Las Ordenanzas Reales de Castilla, “conocidas también con el nombre de Ordenamiento Real, y vulgarmente con el de Ordenamiento de Montalvo, contienen clasificadas por materias en ocho libros, las leyes, ordenanzas y pragmáticas que se

¹¹² Briseño Sierra, Humberto, *Biblioteca de...*, op. cit. p. 114.

¹¹³ *Ibidem*, p.114. Refiere el autor que hicieron época e historia en Castilla y que en lo legislativo vinieron a determinar la preferencia en la aplicación de las leyes. De ahí salió el Ordenamiento de Alcalá que hizo obligatoria la aplicación de las Siete Partidas.

habían dictado desde el Fuero Real y las Siete Partidas. Todas ellas fueron luego llevadas a la Nueva Recopilación y después a la Novísima”.¹¹⁴

Se conoce a las “Leyes de Toro” a las 83 leyes que se compusieron y ordenaron bajo el reinado de los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo en 1502 con la finalidad de poner fin a la contradicción que se daba a las leyes del fuero, partidas y ordenamientos y suplir lagunas en los litigios.

Otro Código más fue la denominada Nueva Recopilación, donde se expresan los motivos de su formación y los jurisconsultos que la llevaron a cabo. “Quedando comprendidas las leyes que se estimaron no derogadas, desde las Partidas y Fuero Real, algunas del Fuero Juzgo y del Estilo”¹¹⁵.

Expedida la Constitución gaditana de 1812, se decretó la independencia de la judicatura en la aplicación de las leyes, calificándola de tercer poder, prohibiéndose al rey y a las cortes ejercer funciones jurisdiccionales, avocar causas pendientes, abrir los juicios fenecidos, aunque los tribunales administrarían justicia en nombre del monarca.

No podrían ser juzgados los españoles por ninguna comisión sino por tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley. “Se separaron las atribuciones judiciales de lo gubernativo y económico y se declaró el principio de inamovilidad y de responsabilidad de los jueces, aunque su nombramiento continuó siendo facultad real”.¹¹⁶

Se creó un Tribunal Supremo de Justicia, con atribuciones para dirimir competencias de las audiencias entre sí y con tribunales especiales, para conocer de los recursos de nulidad contra sentencias de última instancia y con efecto de

¹¹⁴ Ibidem, p. 115.

¹¹⁵ Ibidem, p. 116. Es importante resaltar que esta nueva recopilación, llamada así con relación a la de Montalvo, consta de nueve libros en su mayoría destinados a la administración y a la hacienda pública. Tuvo escasa aceptación un poco después de publicada, las Cortes se quejaban de su inobservancia.

¹¹⁶ Ibidem, p. 117. Indica Briceño que se establecieron alcaldes de elección popular con competencia a asuntos contenciosos, y en cada partido se nombraron jueces de letras de primera instancia, pues la segunda se sustentaba ante tribunal colegiado.

devolutivo a los inferiores, y de todos los negocios comunes, aun de los que tuviesen fuero especial, menos el eclesiástico y el militar.

Se estableció el juicio previo de conciliación, se afirmó la fuerza de las sentencias o laudos arbitrales que fueron ejecutables si las partes no se habían reservado el derecho de apelar. Se uniformaron los trámites y se declaró que ni las cortes ni el rey podrían dispensarlos.

En 1824 fue abolido el Tribunal Supremo y sustituido por los Consejos de Castilla y de las Indias, pero lo restableció el Real Decreto de 24 de marzo de 1834. La Constitución de 1837 consagró la responsabilidad e inamovilidad judiciales y el juicio público, así como la separación de los órganos llamados poderes.

Tales disposiciones “pasaron a la Constitución de 1845 y a la de 1869 que estableció el juicio por jurados en lo criminal. Sin embargo, resultó ser relevante bajo los principios imperantes en la época para que el 13 de mayo de 1855 se aprobara el proyecto de ley que comprendía 8 bases a las que debía sujetarse la reforma del enjuiciamiento civil”.¹¹⁷

Entre las mas importantes estuvo la de procurar la mayor economía y adoptar medidas rigurosas para evitar dilaciones al procedimiento, además el que las sentencias deberían ser fundadas y que no hubiera mas de dos instancias.

Sin embargo, la ley de 1855 no alcanzó sus propósitos porque el 21 junio de 1880 se aprobaron las bases para su reforma, y el real decreto del 3 de febrero de 1881 aprobó y publicó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.¹¹⁸

¹¹⁷ Chioyenda, José, *Principios de Derecho...*, op.cit. p. 43. Indica este tratadista que la ley del 13 de mayo 1855 mandó ordenar las leyes y reglas de enjuiciamiento civil, restableciendo las reglas cardinales de los juicios, consignadas de nuestras leyes antiguas, sin perjuicio de introducir las reformas aconsejadas por la ciencia y por la experiencia. Por real decreto de 5 de octubre de 1855 aprobó el proyecto de la nueva ley de enjuiciamiento civil que empezó a regir desde el 1 de enero de 1856.

¹¹⁸ Véscovi, Enrique, op. cit. p. 21. Precisa el autor que especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (leyes de 1855 y 1881) y de Instrucción Criminal (ley de 1882) en todo caso debemos saber que estas leyes, sobre todo la procesal civil se encontraron, ya en su época, atrasadas –separándose, en muchas partes del régimen Francés- y que ese atraso paso a nuestro Códigos. Por lo cual no es de extrañar que nuestra legislación procesal ostente un sensible retraso con respecto a los nuevos Códigos y doctrinas”. Cabe señalar que la anterior anotación corresponde al comentario que se hace en cuanto a la legislación de Colombia por el autor, en el entendido que nuestro sistema jurídico mexicano tiene influencia del derechos francés y que si bien

Se adoptó en esta nueva legislación una tramitación que redujera la duración de los juicios, así como el que la apelación procediera en el efecto devolutivo.

Por otra parte, se dictaron medidas para depurar el estado de fortuna de los litigantes que pretendieran disfrutar del beneficio de asistencia judicial gratuita, y limitar los incidentes, como regular la presentación de documentos antes del periodo de prueba, entre otras reformas que garantizara la bilateralidad de la audiencia y principios básicos.

Sin embargo, la escuela judicial española, no conformes con esta legislación, carente de uniformidad y plagada de errores, no obstante las reformas que continuamente se le hicieron, se dieron estudiosos del derecho a la tarea de diseñar y proponer una nueva legislación.

Si bien es cierto, la ley de 1881 fue fruto de la ideología medieval, ésta nació de manera deficiente. Es por ello que se presentó la necesidad de que se contará con una nueva legislación. Así pues, el 7 de enero del año 2000, el Rey Juan Carlos I de España sancionó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituyó la de 1881, cuya vigencia empezó a partir del 8 de enero del 2000.

1.9. Las Medidas Cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en España

Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituya la de 1881, y la vigencia inicia a partir del 8 de enero del 2000, España adopta un camino para lograr el derecho a una tutela judicial efectiva, permitiendo buscar resolver la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad de la justicia.

La Exposición de motivos indica que la Justicia civil efectiva significa, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial

es cierto existe un atraso legislativo, lo es por no contar con la actualización que ameritan nuestros Códigos procesales aportando desde luego la experiencia de otras legislaciones nacionales.

más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas.¹¹⁹

De igual forma, llama la atención que dentro de la Exposición de Motivos de esta nueva legislación, se establece que la efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable, que no consiste únicamente en mejorar la imagen de la justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal.

Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran.

Establece Jové, que “históricamente, la ley de 1881 tuvo una gran relevancia en su tiempo puesto que la finalidad era el simplificar los procedimientos. Sin embargo, es indudable que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil la supera, puesto que, en cuanto a las medidas cautelares, esta ley las regula en un solo apartado, dando con ello certeza y seguridad a los peticionarios. Con ello, se facilita más el dar garantía a los procedimientos en cuanto a su resultado y además colmar una laguna ancestral”¹²⁰.

¹¹⁹ *Facultad de Derecho, área de Derecho Procesal* [en línea]. Universidad de Valladolid, España. Consultada el 10 de diciembre del 2001. Disponible en Web: <http://WWW.der.uva.es/procesal/>. La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado primero establece el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución. Esta nueva legislación cuenta con una serie de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo en los procedimientos en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares justas y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos.

¹²⁰ Jové Angeles, María, op. cit., p. 36. La inclusión del artículo 1428 en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 pretendía dar respuesta a la necesidad amparar una serie de situaciones cuya tutela cautelar no se cubría a través de los mecanismos clásicos legalmente establecidos.

El referido conjunto de preceptos no es, empero, el resultado de agrupar la regulación de las medidas cautelares que pudieran considerarse “clásicas”, estableciendo sus presupuestos y su procedimiento¹²¹.

Esta ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares.

Además de contemplan de una manera más precisa los presupuestos del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, así como el *periculun in mora* o el peligro de la mora procesal y la prestación de caución ya que éstas son, desde luego, factores fundamentales e imprescindibles para la adopción de medidas cautelares.

La tutela cautelar es un verdadero *tertium genus* y a través del proceso cautelar se intenta asegurar la eficacia de la tutela que se puede prestar a través del proceso de declaración y del proceso de ejecución¹²².

Se procura, con disposiciones concretas, que las medidas cautelares no se busquen por sí mismas, como fin exclusivo o primordial de la actividad procesal. Pero ha de señalarse que se establece su régimen de modo que los justiciables dispongan de medidas más enérgicas que las que hasta ahora podían pedir.

¹²¹ Fuentes Camacho, Víctor, op. cit., p. 15. Nos indica el autor que entre la interposición de la demanda y la resolución del pleito por decisión firme transcurrirá un período de tiempo relativamente largo, será bastante sencillo que, de faltar el correspondiente mecanismo de aseguramiento, la ejecución de aquélla se frustre como consecuencia de algún evento ocasional o de alguna maniobra fraudulenta del demandante. Parece, por consiguiente, lógico que el legislador haya arbitrado una serie de medidas tendientes a prevenir dicho riesgo, poniendo, por una parte, a disposición del demandante la facultad de instalar la tutela cautelar, y dotando, por otra, de amplios poderes al juzgador para que tal tutela sea efectiva.

¹²² Voz “Medidas Cautelares”, *Enciclopedia Jurídica...*, op. cit. p. 4227. Díez-picazo señala que la instrumentalidad es la nota esencial de lo cautelar, pues el proceso cautelar existe en función de otro proceso. La instrumentalidad de las medidas cautelares refleja su eficacia cuando se otorga una concreta tutela judicial efectiva, por abarcar todos aquellos mecanismos procesales de aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, la cual se garantiza con normas adecuadas.

Se trata de que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, “no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos”¹²³.

Aunque necesarias para conjurar el *periculum in mora*, “las medidas cautelares no dejan de entrañar, como es sabido, otros peligros y riesgos y así se consideró por el legislador español”¹²⁴.

De modo que es preciso también regular cuidadosamente, y así se ha pretendido en esta Ley, la oposición a las medidas cautelares, su razonable sustitución, revisión y modificación así como las posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares, haciéndolas innecesarias o menos gravosas.

Lo anterior, aún se encuentra lejos de concretarse en la legislación mexicana, ya que los códigos procesales federales así como los de las entidades federativas adolecen aún, de principios procesales actualizados, como se verá en el siguiente capítulo.

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda o pendiente ya el litigio. Como regla, no se adoptan sin previa audiencia, esto es, que en casos justificados, puedan acordarse sin oír al sujeto pasivo de la medida que se pretende.

¹²³ Ibidem, p. 16. Se precisa en esta obra que la adopción de medidas cautelares entraña lo que se ha dado en llamar una anticipación de la ejecución de las resoluciones judiciales, en el sentido de que aquéllas sirven a una finalidad de garantizar la eficacia de la decisión por la que se resuelva en el futuro la controversia, dando así satisfacción al principio de tutela judicial efectiva.

¹²⁴ Ibidem, p.17. En el curso impartido por L. Collins en la Academia de la Haya de Derecho Internacional (“Provisional and Protective Measures in International Litigation” en *Collected Courses*, Volume 234, 1992, pp. 19-237), señalaba que la prevención del *periculum in mora* se concibe como principal objeto de las medidas provisionales y cautelares, entendido en el sentido de aseguramiento anticipado de la futura ejecución de la decisión final del pleito y de la eficacia de la protección judicial. En opinión de este autor, la función primaria y más importante de las medidas cautelares o provisionales consiste en preservar la integración de la resolución final; pero, a su vez, cumplen una segunda, íntimamente conectada con ella y también muy importante, consistente en asegurar su efectividad, respectivamente. Desde esta perspectiva de prevención del riesgo de *periculum in mora* se predicen las notas de “instrumentalidad” y “provisionalidad” de las medidas cautelares respecto de la decisión final sobre el pleito principal, que se traducirá, según los casos, en su ejecutividad o en su alzamiento.

En la audiencia previa o en la oposición del futuro demandado, pero también más tarde, puede entrar en juego la contracautela o caución que sustituya la medida cautelar que se pretende o que ya se haya acordado.

Esta opción no desconoce el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, “genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia”¹²⁵.

No se pierde de vista que las medidas cautelares han de guardar siempre relación con lo que se pretende en el proceso principal de suerte que el órgano competente que conoce dicho proceso se encuentra en la situación más idónea para resolver toda situación que se presente, así como la posibilidad del alzamiento y modificación de las medidas solicitadas

La nueva legislación guarda armonía entre lo cautelar y la pretensión que se persigue en el proceso por el peticionario y demandante futuro y para cuyo aseguramiento se arbitra la medida.

El presupuesto determinante de las medidas cautelares, es la amenaza de que en la mora del proceso se produzca un daño irreversible, esto es de imposible o difícil reparación.

Peligro en la demora (*periculum in mora*), más que un presupuesto, es la razón de ser de las medidas cautelares. Señala Fernández-Ballesteros que “consiste en el riesgo de que durante la substanciación del proceso acaezcan circunstancias, normalmente por la conducta del demandado, pero también por el mero lapso de

¹²⁵ Es importante señalar que las medidas de esta índole suponen, a su vez, una cierta apreciación también anticipada sobre el fondo del asunto, por cuanto, a los efectos de verificar si puede o debe adoptarse o no, el órgano jurisdiccional al que hayan sido instaladas se verá impedido a adentrarse, siquiera mínimamente, en el análisis del pleito principal.

tiempo, que frustren la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión”¹²⁶.

Ahora, dicha legislación clarifica el presupuesto del denominado *periculum in mora* el presupuesto necesario para la adopción de medidas cautelares, “la resolución judicial deberá formarse a partir de la constatación de dicho presupuesto, ponderando el *fumus boni iuris*, así como los intereses del peticionario”¹²⁷.

El *fumus boni iuris*, es la apariencia de la conformidad a Derecho de la pretensión de quien solicita la tutela cautelar, o la “aparición de ilegalidad del acto del futuro demandado o ya demandado, frente al que esa tutela preventiva se solicita”¹²⁸.

Aparición de buen derecho, o *fumus boni iuris*, 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”, mas sin que, en el otro extremo se puede exigir a quien lo solicite una prueba plena¹²⁹.

Como regla general, aunque con excepciones, es presupuesto de la adopción de las medidas cautelares la prestación de fianza¹³⁰ o caución por el solicitante de las mismas, que sirve de garantía al demandado para resarcirse de los daños y perjuicios causados, si con posterioridad a su adopción sabemos que la falta de

¹²⁶ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3294. El más importante requisito para que una medida cautelar sea adoptada es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución (*periculum in mora*).

¹²⁷ Jové, María Angeles, op. cit., p. 57. Indica la autora que se ha dicho que el *periculum in mora* es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retraso en la obtención de la resolución definitiva.

¹²⁸ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3296. Quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho ordinariamente, presentando un principio de prueba por escrito; pero también puede hacerla “por otros medios” de acuerdo al artículo 728.2 de la LEC.

¹²⁹ Ibidem, p. 3297. Esta aparición deberá ser más o menos “intensa” en función de la concreta medida cautelar que se solicite. Pero, en todo caso, es el elemento más “delicado” de las medidas cautelares.

¹³⁰ Idem. Al respecto nos señala el autor que como regla, quien obtiene a su favor una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueda causarle al demandado si se demuestra que la medida carecía de fundamento y es posteriormente revocada (como consecuencia de la oposición del demandado, o porque el actor pierde el litigio), lo anterior lo observamos en el artículo 728.3 de la LEC.

fundamento de la medida, porque la demanda principal no es estimada o porque el demandado vence en la oposición a la medida.

1.9.1. Fundamento constitucional de las medidas cautelares en España

Es de precisar que las medidas cautelares en el sistema español tienen su base y sustento en su Constitución, en cuyo artículo veinticuatro establece la garantía a la tutela judicial¹³¹.

Tómese en cuenta, que para tener una pronta resolución se requiere de instrumentos procesales que permitan tal propósito, ante ello, se hace necesario tener presente a la institución cautelar que haga del proceso una garantía ante la incertidumbre del resultado.

Toda vez, que en la tramitación del proceso impera un lapso de tiempo, el ordenamiento jurídico español trata de dar solución a tal obstáculo, partiendo primeramente del sustento constitucional, ya que el artículo 24 en su párrafo establece el derecho al justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que significa que el proceso no dure más allá del tiempo razonable.

Además el párrafo primero del citado artículo constitucional, da lugar al presupuesto de las medidas cautelares que es el *periculum in mora*, al establecerse el derecho a obtener la tutela efectiva del órgano jurisdiccional, sin que pueda producirse indefensión; lo que se “traduce en el otorgamiento de la tutela cautelar en caso de que exista peligro en la demora del proceso”¹³².

¹³¹ Establece el artículo 24 de la Constitución española que: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

¹³² Jové María Angeles, op.cit. p. 13. Indica la autora que sería ideal que el proceso fuera instantáneo, más ello no deja de ser en la práctica una aspiración desafortunada y del todo desaconsejable, ya que de meras alegaciones de unos derechos afirmados *prima facie* que no probados por el momento, sería peligroso que pudiera dictarse sin más una sentencia.

Es importante recalcar que el procedimiento cautelar español, tiene un avance considerable, toda vez que tiene como sustento a su propia Constitución, y sobre todo, al hacer referencia en el artículo veinticuatro, segundo párrafo, a la celeridad procesal.

Situación similar ocurre con nuestra Constitución Política, toda vez, que su artículo diecisiete establece en su segundo párrafo que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, *emitiendo sus resoluciones de manera pronta*, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Si observamos este artículo de la Constitución Mexicana habla de prontitud en las resoluciones, y en el caso del artículo veinticuatro de la Constitución española habla de un proceso sin dilaciones indebidas, que interpretado de otra manera y como se anotó en líneas anteriores, es el principio de celeridad procesal.

Ante ese reto, de contar con procedimientos en que impere el citado principio, y en donde puedan hacer que se obtenga la tutela judicial efectiva mediante el pronunciamiento de una sentencia, el problema se presenta en la posterior ejecución de la sentencia, ya que si no se logra dejaría de ser una verdadera tutela, por ende, se requiere tener las herramientas procesales suficientes para hacer frente al problema.

Con motivo de la nueva ley de enjuiciamiento civil española el legislador pondero dar sustento a las medidas cautelares estableciendo sus presupuestos (el daño irreparable, apariencia de buen derecho y ponderación de interés general), pero con su fundamento constitucional.

1.9.2. Necesaria instancia de parte

En el Título VI de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se trata lo relativo a las medidas cautelares, observándose un interesante tratamiento al respecto por lo que el artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que es necesaria instancia de parte, o sea, se aplica el principio dispositivo¹³³.

Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenicional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título VI, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

Las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento “no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas”¹³⁴.

Es importante observar que dicho artículo entre otros comentarios, nos habla de la efectividad, así como de tutela judicial y no de pronunciamientos; además de que se requiere que sean solicitadas por el interesado y bajo su responsabilidad.

1.9.3. Competencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil

En relación con la competencia, el artículo 723 de la Ley de Enjuiciamiento, señala que el tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares, será el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.

¹³³ Ibidem, p. 3221. Para ello, Ballesteros establece que todas las medidas cautelares, responden a la necesidad de asegurar, en su caso la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión quede desprovisto de eficacia.

¹³⁴ El artículo 721.2 de la nueva LEC establece el principio dispositivo, esto es que las medidas cautelares para su adopción se requiere que sean solicitadas a instancia de parte.

Es sin duda la regla general para la competencia, que deba conocer de éstas ante quien se presentó la demanda¹³⁵.

Con relación a las características de las medidas cautelares, indica Ballesteros que el artículo 726 del orden legal español establece que el tribunal podrá acordar, como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:¹³⁶

1. “Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente”¹³⁷.

2. “No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”¹³⁸.

Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

¹³⁵ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3249. Debo afirmar que las medidas cautelares pueden pedirse antes y después, pero en la medida en que se pueda, el abogado quizá intente no usar esa facultad. En el primer caso (antes de la demanda) porque hay que acreditar razones de urgencia y en el segundo (después de la demanda) por que hay que alegar las razones por las que no se pidieron con la demanda principal.

¹³⁶ Idem, p. 3260. La LEC tiene elementos suficientes como para entender que acoge una forma de entender las medidas cautelares clásica, circunstancia a su tradicional función de asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena. Pero, a la vez, hay también razones para entender que posibilita o “tolera” una forma mucho más amplia y agresiva de concebir las medidas cautelares: la que entiende que, con la técnica de las medidas cautelares, puede adelantarse al inicio del proceso –a veces en su totalidad- la ejecución de la sentencia condenatoria que tal vez se dicte terminada su sustanciación.

¹³⁷ Ibidem, p. 3265. Es ésta una importante novedad en el derecho español, pues exige al juez que antes de acordar o denegar la medida cautelar que el actor le solicite, se plantee de oficio y decida -de forma motivada- si acuerda otra medida menos gravosa pero igualmente eficaz.

¹³⁸ Ibidem, p. 3264. Que es cautela elemental ante peticiones excesivas en perjuicio del demandado y sin provecho para la correcta administración de justicia.

1.9.4. Solicitud de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que para la adopción de medidas cautelares, el peticionario deberá seguir el siguiente trámite:

La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cada uno de los presupuestos para la adopción. Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados o iniciados, por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares. En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirlos y con justificación del importe que se propone.

Cabe señalar que el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento, establece el derecho de audiencia para con el demandado, tomándose como regla, el que el tribunal acordará medidas previa audiencia del demandado.

No obstante ello, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos

de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

1.9.5. Vista para la audiencia de las partes en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé dentro del proceso cautelar, que se oirá a las partes en audiencia, con excepción a lo señalado en el artículo 733 apartado 2, en que si concurren situaciones de urgencia o que la audiencia citada comprometa el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites, en el plazo de cinco días; caso contrario se seguirá el trámite normal establecido en el artículo 734¹³⁹.

Recibida la solicitud, el tribunal, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación al demandado, convocará a las partes a una audiencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución.

Es de observar, que el peticionario de la medida deberá otorgar caución para responder de los daños y perjuicios, que la medida adoptada ocasione al demandado; otorgada la caución y acordada la medida se procederá al cumplimiento.

Por su parte, el artículo 740 indica que quien formule oposición a la medida cautelar podrá ofrecer caución sustitutoria, para evitar se practique la medida, así

¹³⁹ *Facultad de Derecho, área de Derecho Procesal* [en línea]. Universidad de Valladolid, España. Consultada el 10 de diciembre del 2001. Disponible en Web <http://WWW.der.uva.es/procesal/>.

como, “la persona contra quien se solicitó la adopción de medidas, podrá oponerse, siguiendo el procedimiento correspondiente”¹⁴⁰.

Señala Rifá Soler que el artículo 746 hace referencia a que aquél “frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares, podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare”¹⁴¹.

El solicitante de la medida ha de prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la cautela pudiera producir en el patrimonio del demandado.

La caución, como presupuesto de la medida cautelar, debe satisfacerse previamente al cumplimiento de la medida adoptada. La caución tiene por finalidad garantizar los daños y perjuicios que la respuesta, rápida y efectiva de la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado.

Para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria, el tribunal examinará el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado.

También tendrá en cuenta el tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado, de modo grave, para lo se atenderá en su caso, a no afectar la actividad de la fuente de trabajo, es decir, que se llegará a paralizar ésta y no cuente con los medios materiales o recursos

¹⁴⁰Rifá Soler, María, *Las Medidas Cautelares y...*, op. cit., p. 115. La solicitud de prestación de caución sustitutoria puede realizarse en cualquier momento durante el desarrollo del proceso cautelar, incluso en fase de ejecución de la medida. La caución sustitutoria se solicitará oralmente y en el acto de la vista cuando las medidas cautelares se adopten previa audiencia del demandado. En este supuesto, el Tribunal resolverá, concentradamente, sobre la adopción o no de la cautela, y en caso de adoptarla, si procede su sustitución por la caución sustitutoria fijando su cuantía y condiciones.

¹⁴¹Ibidem., p. 107.

económicos necesarios para hacer frente a los compromisos anteriormente adquiridos.

Por otra parte, se procederá, a petición del demandado, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada. Una vez acreditada, se requerirá al solicitante de la medida.

1.9.6. Oposición a las medidas cautelares de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil española

Nos parece interesante, para los fines del presente trabajo, referirnos en unas líneas al tratamiento que dan en España a las medidas cautelares, cuando el futuro demandado se inconforma en contra de las medidas adoptadas sin su citación, como sucede en nuestro país.

De acuerdo al Capítulo III, del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, se tiene la figura procesal de la oposición, misma que “procede en los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado”¹⁴².

El que formule oposición a la medida cautelar, “podrá esgrimir ante dicha medida cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna, debiendo ofrecer caución”¹⁴³.

Es de resaltar que, una vez interpuesta la oposición, se correrá traslado al solicitante de la medida cautelar adoptada, a fin de que el tribunal, una vez recibida la solicitud, mediante providencia, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de aquélla al demandado, se lleve a cabo una vista.

¹⁴² El Capítulo III de la LEC, establece en su artículo 739, la figura procesal de la oposición a la medida cautelar que establece que en los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la fecha del auto que acuerde las medidas cautelares.

¹⁴³ Rifá Soler, María, *et. al.*, *Las Medidas Cautelares y...*, op. cit., p. 110.

En la vista, el actor y el demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, pudiendo ofrecer pruebas, las cuales se admitirán y practicarán si fueren pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución.

Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición; si se mantuvieren las medidas cautelares acordadas condenará al opositor a las costas de la oposición; por el contrario, si se alzan las medidas cautelares, condenará al actor a las costas y al pago de daños y perjuicios, que se hayan producido.

Quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria. Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabe recurso alguno, pero si, contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares, será apelable.

1.9.7. De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares

La modificación y alzamiento de las medidas adoptadas no reviste mayor problema, ya que pueden presentarse varios supuestos. Así, el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que las medidas cautelares podrán ser modificadas, siempre que se acrediten hechos y circunstancias, que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

El tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, “salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las

circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud”¹⁴⁴.

Por otra parte, podrán la Ley, en su numeral 745, indica que firme una sentencia absolutoria o sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, procediéndose al pago de daños y perjuicios. Lo mismo se ordenará en los casos de “renuncia a la acción o desistimiento de la instancia”¹⁴⁵.

1.9.8. Sobre las medidas cautelares específicas en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Resulta novedoso e interesante el análisis, al artículo 727 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que señala las “medidas cautelares específicas, y que fue

¹⁴⁴ Ibidem, pp. 120-121. Respecto a los hechos o circunstancias susceptibles de fundamentar una modificación de las medidas adoptadas, deben tener las siguientes características:

a) *Hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta.* Es indispensable que estos no hubieran podido ser incorporados con anterioridad al proceso cautelar por causas no imputables al solicitante de la modificación.

b) *Hechos ocurridos con posterioridad al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ella.* *concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.* Se trata de aquellos hechos nuevos que, por tanto, no se pudieron tener en cuenta para la adopción de la medida.

c) *Hechos que comporten variaciones sustanciales que repercutan en cuenta al momento de su adopción.* Los nuevos hechos que fundamenten la modificación deben conllevar un cambio sustancial respecto a aquellos que motivaron la adopción de la cautela.

¹⁴⁵ Ibidem, pp. 126, 128, 129, 131, 135. Precisa Rifa Soler la siguiente clasificación: 1.- ALZAMIENTO DE LA MEDIDA TRAS DICTARSE SENTENCIA FIRME CONDENATORIA O AUTO EQUIVALENTE. Concluido el proceso por sentencia firme condenatoria o auto equivalente debe alzarse la medida cautelar. En este sentido, se equiparan a la sentencia condenatoria las resoluciones que ponen fin al litigio mediante auto, como la transacción judicial que puede ser objeto de ejecución. Si el proceso de declaración concluyó por sentencia condenatoria o auto equivalente y nada se solicita sobre la iniciación del proceso de ejecución, debe entenderse que se renuncia, tácitamente, a su mantenimiento, pues nunca las cautelas pueden tener una vigencia *sine die* (hasta la muerte). La reconvencción de la medida cautelar en ejecutiva comportará el mantenimiento de aquella siempre que pueda servir al fin de garantizar la ejecución, del mismo modo que aquella medida cautelar.

2.- ALZAMIENTO DE LA MEDIDA SOLICITADA LA EJECUCION PROVISIONAL. Recaída en el pleito sentencia definitiva condenatoria, el actor que tuviere a su favor el pronunciamiento de condena puede solicitar la ejecución provisional de la sentencia, sin prestación de fianza y sin perjuicio de la oposición. En éste caso, la ejecución será provisional en tanto que del asunto conozca un tribunal superior que podrá o no dictar una sentencia revocatoria de la ejecutada. 3.- EL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA TRAS DICTARSE SENTENCIA ABSOLUTORIA FIRME. Las medidas cautelares se alzarán cuando finalice el proceso mediante sentencia absolutoria firme. Concluido el proceso con la absolución del demandado debe restituirse plenamente en sus bienes y derechos. Por otra parte, el fallo absolutorio presupone que la apariencia de derecho acreditada *prima facie* para la adopción de la medida cautelar no habrá quedado confirmada por la sentencia absolutoria.

La competencia para cancelar la medida cautelar corresponderá al Tribunal que estuviere conociendo en el momento de su solicitud. 4.- EL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA TRAS DICTARSE SENTENCIA ABSOLUTORIA NO FIRME. La absolución del demandado por sentencia definitiva dictada en primera o segunda instancia comportará el alzamiento de la medida cautelar, que deberá ordenar el tribunal de oficio. Pero, la Ley prevé que el recurrente puede solicitar su mantenimiento o modificación, previo aumento del importe de la caución. 5.- EL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA POR SUSPENSIÓN DE LOS AUTOS O POR TERMINACION ANORMAL DEL PROCESO. De este modo las medidas se alzarán, además de cuando se dicte sentencia absolutoria firme, cuando se den los otros modos de terminación del proceso. Así, como ya se ha visto, la renuncia a la acción, desistimiento de la instancia o el archivo de los autos por suspensión del proceso durante más de seis meses por causa imputable al actor, producirán el alzamiento de las medidas. Cada uno de estos modos de concluir el proceso pueden tener un efecto distinto sobre la medida cautelar, por lo que procede su respectivo examen.

precisamente una de las innovaciones que permite agrupar en su orden a las dispersas medidas¹⁴⁶.

Conforme a lo establecido en el artículo 727, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

1. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor gasto para el demandado.

2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5. La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

¹⁴⁶ Larrosa Amante, Miguel Angel, *et. al.*, *Las Medidas Cautelares y Los Recursos...* op. cit., 156. La Ley de Enjuiciamiento Civil pretende establecer un único procedimiento, perfilando un régimen abierto de medidas cautelares y no un régimen limitado o cerrado.

6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11. Aquellas otras medidas que, “para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”¹⁴⁷.

Procederemos a la explicación de cada una de las medidas, en el orden en que el legislador las plasmo, por lo que en relación, con la número uno, el embargo

¹⁴⁷ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit. p. 3272. Quedan con este cubiertas todas las eventualidades posibles. Tanto las actuaciones más directas sobre el patrimonio del demandado (v.g:el secuestro y depósito de cosa mueble) como las carácter más indirecto (v.g: la anotación preventiva de demanda); y cubre además la totalidad de su patrimonio: bienes y derechos.

preventivo¹⁴⁸ de bienes del deudor, es la medida cautelar, a través de la cual el actor o peticionario asegura la ejecución de una futura¹⁴⁹ y eventual condena de carácter pecuniario, procediendo a llevar a cabo un secuestro provisional¹⁵⁰.

Con respecto a la intervención o administración judiciales,¹⁵¹ consiste en asegurar la integridad de unidades económicas complejas que se encuentren en explotación y que deben continuar con su actividad, hasta en tanto se resuelve el proceso, en donde se está controvirtiendo sobre la titularidad de derechos¹⁵².

Con relación al depósito de cosa mueble,¹⁵³ tiene variables en cuanto a su aplicación, ya que tiene como finalidad asegurar la cosa litigiosa y el procurar, que no se pierda, altere, modifique o destruya por su naturaleza¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Ibidem., p. 3273. Cabe señalar que el embargo preventivo está previsto, sobre todo, para los caso en que el actor alegue la existencia de una deuda pecuniaria, esto es, que pida la entrega de una cantidad de dinero.

¹⁴⁹ Larrosa Amante, Miguel Angel, *et al*, *Las Medidas Cautelares y...* op. cit., pp. 163, 164. "En todo tipo de proceso, cualquiera que sea su objeto, se podrá solicitar como medida cautelar el embargo preventivo, con carácter subsidiario, es decir, cuando no existe una medida de igual o superior eficacia para la finalidad pretendida en el proceso, y que no resulte menos gravosa para el demandado. Al fijar este carácter subsidiario y una cierta preferencia sobre otras medidas cautelares igualmente posibles, hay que considerar que se han tenido en cuenta dos circunstancias. La primera es el hecho de que habitualmente el embargo preventivo es una medida de escasa onerosidad para el demandado. Y además es una medida fácilmente alzable a través de la consignación de las cantidades por las cuales se ha trabado el embargo preventivo. En segundo lugar también hay que tener en cuenta que en múltiples ocasiones no es posible la ejecución de la sentencia en sus propios términos por la falta de cumplimiento voluntario, lo que impone la transformación del contenido de la sentencia en una indemnización de daños y perjuicios".

¹⁵⁰ Gascón Inchaustí, Fernando, *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero, Art.24 del convenio de Bruselas*, Editorial Comares, España, 1998. p. 67. "A través de esta medida cautelar se vinculan ciertos bienes del deudor a la ejecución futura de la sentencia de condena que eventualmente recaiga en el proceso principal y se adoptan las medidas de garantía de traba que resulten necesarias, sin que en ningún caso pueda llegarse a la satisfacción del crédito del actor, pues el embargo preventivo agota su virtualidad precisamente en la traba y su garantía, a las que en modo alguno puede seguir la fase de realización forzosa".

¹⁵¹ Ibidem. p. 69. "Esta medida tiene por finalidad evitar que, pendiente el proceso, el demandado pueda devastar tanto física como económicamente el inmueble cuya entrega le reclama el actor: para ello, se nombra un interventor al cual el demandado debe comunicar previamente los actos de explotación o administración que pretenda llevar a cabo, de modo que en caso de desacuerdo sea necesaria una resolución judicial que autorice el acto en cuestión".

¹⁵² Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3278. "Con ella se pretende que quien es poseedor actual realice o continúe realizando una explotación económica racional de los bienes cuya titularidad ha sido cuestionada, y conjurar así el peligro -tanto más fundado cuanto lo sea la propia demanda- de que, mientras aún es poseedor, acometa maniobras o actividades de gran rendimiento a corto plazo, pero que puedan dañar gravemente el valor de los bienes (v.g. que el poseedor venda existencia a bajo precio, realice talas indiscriminadas de un bosque; o extraiga mineral sin tomar las debidas precauciones...etc)".

¹⁵³ Gascón Inchaustí, Fernando op. cit., p. 68. Precisa que "esta medida está destinada a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso cuyo objeto lo constituya una acción real o mixta sobre bienes muebles: mediante el depósito de la cosa en manos de tercero (también es posible en manos del propio demandante), se evita que el demandado oculte o destruya el bien, o bien lo transmita a tercero, lo cual frustraría la eventual ejecución de la condena a la entrega de la cosa".

¹⁵⁴ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3220. El autor indica que "esta diligencia preliminar es sólo un remedo de la romana *actio ad exhibendum*, regulada de modo algo confuso. El juez, a instancia del solicitante, ordena a la persona que el actor diga (puede ser el poseedor mediato o inmediato) que muestre en el juzgado la cosa mueble de que se trate. Ante ese requerimiento, el futuro demandado puede: 1) *Negarse a exhibirla*. Si así sucediera el Juez realizará las actuaciones que sean necesarias para obtener la inmediata posesión de la cosa (261.3. en relación 261.2.), o bien, 2) *Acceder al requerimiento...*".

Este caso lo encontramos en el Código Federal de Procedimientos Civiles mismo que tienen por objeto garantizar o asegurar cosas, libros, documentos o papeles sobre lo que verse el pleito¹⁵⁵.

Atendiendo a la formación de inventario, es una medida razonable, sobre todo en tratándose de juicios sucesorios intestamentarios al momento de proceder a la realización del inventario¹⁵⁶.

En tratándose de la anotación preventiva de demanda,¹⁵⁷ procura utilizar los servicios de las oficinas del Registro Público, para el efecto, de dar publicidad a las demandas, y de esa manera prevenir a terceros sobre la existencia de un pleito, con relación a un bien registrado,¹⁵⁸ pero siempre y cuando se refiera a aquellos bienes o derechos susceptibles de inscripción.

Con respecto a otras anotaciones registrales, es similar a la anterior, pero que deja la puerta abierta para todo tipo de anotaciones, que no contempla para su inscripción el Registro Público de la Propiedad, y que por su naturaleza es importante prevenir¹⁵⁹.

Ahora bien, sobre orden judicial de cesar provisionalmente, implica que el juez podrá cesar temporalmente a una persona en una actividad, o bien, en la de abstenerse de llevar a cabo una conducta, o la prohibición en la realización de un servicio¹⁶⁰.

¹⁵⁵ El artículo 389 del CFPC establece en su fracción II esta medida cautelar.

¹⁵⁶ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3281. Acota el tratadista que "aunque la LEC expresamente se refiere a las condiciones en que el juez disponga, pueden encontrarse algunos criterios en las normas para la formación de inventarios en el procedimiento para la división de herencia, o bien en los casos previstos para la liquidación del régimen económico matrimonial".

¹⁵⁷ Gascón Inchausti, Fernando, op. cit. p. 74. Indica el autor que tiene por objeto garantizar la eficacia de las sentencias que recaigan en procesos en que se vean involucrados los bienes inmuebles. Haciendo constar en el Registro la pendencia de un proceso, cuyo resultado puede afectar a la finca, evita que los negocios posteriores a la incoación del litigio sobre el inmueble puedan atribuir a los terceros adquirentes de derechos inscribibles la condición de tercero hipotecario.

¹⁵⁸ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3281. Pone como ejemplo que "la anotación preventiva de demanda sirve de un lado para informar a los terceros de la existencia de un litigio sobre bien inscrito (o sobre una situación registral inscrita); de otro, para mantener, mientras dura el proceso, el *status quo* registral existente en el momento en que se presenta la demanda: como regla, las inscripciones realizadas con posterioridad a la anotación preventiva no serán obstáculo para la ejecución de lo que en la sentencia se ordene".

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 3285. Como por ejemplo la anotación preventiva de sentencia.

¹⁶⁰ *Idem*. Precisa el autor, "como se ha venido haciendo referencia al carácter temporal de estas llamadas medidas cautelares absolutamente nada añade, puede por propia definición una medida cautelar es, siempre temporal o provisión".

Atendiendo a la intervención y depósito de cantidades, la medida tiene por objeto el que el juez acuerde con carácter provisional, la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y que se persiga en la demanda¹⁶¹.

En cuanto al depósito de ejemplares, ésta consiste en el embargo de obras producidas o utilizadas, así como el material empleado para la reproducción o difusión pública, pudiendo solicitar el afectado, a través de la acción de remoción la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, la inutilización de los moldes o instrumentos de producción, entre otros.

Por lo que ve a la suspensión de acuerdos sociales impugnados, en esta medida sólo podrá pedirse la suspensión del acuerdo si la solicitan los actores que representen, al menos el 5% de capital social, por lo que el juez no puede acordar de oficio la suspensión.

Por último, y la que nos parece más interesante, es la relativa a las medidas cautelares especiales, ya que podrán adoptarse todas aquellas medidas, que expresamente se encuentren contempladas en diversas leyes, y cuya tramitación se sujeta a ésta, de acuerdo a lo señalado por el artículo 721 número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta facultad del juez, de poder adoptar las medidas más apropiadas y que fuera de las señaladas o clasificadas, es necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial, y depende del hecho de que no se pueda aplicar alguna de las demás medidas reguladas en el ordenamiento, y que se puedan adoptar las señaladas en otras disposiciones legales¹⁶².

¹⁶¹ Ibidem, p. 3286. Agrega "que es una medida que venía teniendo su campo de aplicación en el campo de la propiedad intelectual según el art. 141.2. de la Ley de Propiedad Intelectual".

¹⁶² Gascón Inchaustí, Fernando, op. cit p. 71. Señala el autor que "pues no debe de olvidarse que su aplicación esta ceñida al aseguramiento de la efectividad de la sentencia que eventualmente se dicte en un proceso sobre obligaciones de dar cosa determinada, hacer o no hacer. Lo cual no obsta para que se puedan adoptar como innominadas algunas medidas típicas, v. g., depósito o secuestro de cosa muebles cuando la acción no es real, embargo preventivo en aseguramiento de una condena de hacer o no hacer que se prevé no puede ser objeto de ejecución específica".

La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.428, se encontraba en términos similares al actual, ya que establecía que se podían autorizar o adoptar las medidas cautelares que, en cada caso, resulten necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en un proceso cuyo objeto lo constituya una obligación de hacer, de no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, de ahí el calificativo de innominadas o indeterminadas¹⁶³.

1.10. Los Presupuestos de las medidas cautelares en la Ley Enjuiciamiento Civil

El citado artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reviste una importancia singular, puesto que es aquí donde se contemplan los presupuestos de las medidas cautelares, mediante los cuales se obtiene la concesión una vez que se acrediten.

Como ya quedó analizado, sólo se señalará que *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y eventualmente caución son presupuestos imprescindibles de las medidas cautelares.

El *fumus boni iuris* o apariencia jurídica del derecho¹⁶⁴, y que hace presumir la existencia del derecho o interés jurídico, haciéndolo parecer cierto; el *periculum in mora*,¹⁶⁵ es el peligro de un daño jurídico urgente derivado del retraso de la resolución definitiva.

Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no

¹⁶³ Ibidem., p. 70.

¹⁶⁴ Rifá Soler, María, *et. al.*, *Las Medidas Cautelares...*, op. cit. p. 106. Indica la autora que "el *fumus boni iuris*, constituye otro presupuesto de adopción de la medida cautelar. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios".

¹⁶⁵ Ibidem., p. 104. Acota la tratadista que "es un presupuesto de la adopción de la medida cautelar que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor, por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, que puede provocar que, durante ese tiempo, el demandado se coloque en situación de insolvencia. El presupuesto del *periculum in mora* establecía que el solicitante de la medida cautelar debía acreditar que sin la inmediata adopción de las medidas cautelares que solicita, la sentencia condenatoria que en su día se dictare sería de imposible o muy difícil reparación".

adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Cabe señalar, que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique, cumplidamente, las razones por las cuales dichas medidas no se habían solicitado desde antes.

El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecer otros medios de prueba para justificar ante el órgano jurisdiccional la necesidad de la medida como pueden ser las pruebas testimoniales, inspecciones oculares y todos aquellos medios de convicción que no sean contrarios a la moral y al derecho.

Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

1.10.1. Del Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

En el Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, por lo que el artículo 730 señala los momentos en que se deben solicitar¹⁶⁶.

Como lo señala la exposición de motivos de la nueva legislación civil española, no solo se ha tratado de desarrollar una teoría general de las cautelas referente a sus presupuestos, características, modificación y revisión de las medidas adoptadas, por lo que se ha puesto fin a la dispersión normativa en la regulación de las cautelas que se proyectaba no solo en la regulación sustantiva sino también procesal, tal como sucede por ejemplo en nuestra materia laboral.

1.10.2. Momentos para solicitar las medidas cautelares

Las medidas cautelares se solicitarán, junto con la demanda principal, o bien, podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide, alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso estaremos en presencia de los presupuestos procesales de las medidas cautelares, mismos que se deberán acreditar para su adopción.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción.

El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las

¹⁶⁶ Valls Gombáu, José Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículos 556 al 827*, iurgium, Madrid, 2000, p. 3201. Precisa el comentarista que “la LEC desarrolla en los capítulos del II al IV del título VI, el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. Con ello se ha puesto fin a su dispersión normativa y se regulan un conjunto unitario de preceptos, con exclusión de algunas reglas específicas que se mantienen en las leyes especiales. Como señala la Exposición de Motivos (XVIII), no solamente se ha tratado de desarrollar una teoría general de las cautelas referente a sus presupuestos, características, modificación y revisión de las cautelas sino también un “iter procesal” uniforme aplicable a la adopción de cualquier tipo de cautela. Es de señalar con relación a este comentario que coincidimos en el sentido de que nuestra legislación pugna por unificar en las distintas áreas esta institución procesal”.

costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria.

En este sentido, se deberán mantener las medidas acordadas hasta que transcurra el término fijado, caso contrario, si no se solicitare la ejecución en el término señalado, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas. Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.

Cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución.

1.11. Reglas para determinar la competencia de los tribunales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Con relación a la competencia en la legislación española, nos encontramos que esta regulación se precisa en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que la competencia en los tribunales civiles españoles se determina de acuerdo al artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, los tribunales civiles tendrán

competencia en cada caso sobre el conocimiento del pleito que les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate ¹⁶⁷.

En tratándose de la competencia objetiva se establece en el art. 45 de la LOPJ que a los Juzgados de Primera Instancia corresponde el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶⁸.

1.12. Resoluciones Jurisdiccionales sobre Medidas Cautelares en España

Es importante resaltar que las medidas cautelares al ser solicitadas o impugnadas ante los órganos jurisdiccionales españoles, éstos tienen la obligación de conocer sus presupuestos y características para su adopción atendiendo al cuerpo legal en que son tramitadas.

Es de establecer que cuando no son observados sus elementos para su adopción nos encontramos ante una violación del acto jurídico, lo que da lugar a interponer el remedio procesal que establezca la ley.

Así encontramos que los juzgadores españoles para resolver sobre las medidas cautelares atienden en la actualidad a los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares, tanto para su adopción como para la revisión ante los tribunales de alzada.

Iniciemos con los autos que emiten los juzgados de primera instancia para la adopción o negativa de medidas cautelares, quienes para ello son vigilantes en que la

¹⁶⁷ Idem., p. 251. Indica Valls que “para la distribución competencial, se utilizan tres criterios: el de la función que desempeña cada Tribunal en relación con los demás de su orden; el del objeto material o jurídico del proceso; y el del territorio que dicho Tribunal cubre en relación con los territorios de los demás del mismo orden.

¹⁶⁸ Ibidem., p. 254. Precisa Valls que “hay dos criterios fundamentales para clasificar el objeto material del proceso: el de que sea un contenido dinerario, o no dinerario (una prestación específica una inhibición de hacer)”.

medida cautelar solicitada en realidad se este demostrando el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, ya que de lo contrario será motivo de negativa en su solicitud.

Existen antecedentes ante los juzgados de primera instancia en donde basta acreditar el *fumus boni iuris* por parte del solicitante, en virtud de que el *periculum in mora* se desprende en ocasiones de la actividad que desarrolla la parte contra quien se solicitan las medidas y perjudica al peticionario¹⁶⁹.

Por otra parte, tenemos que la oposición a las medidas cautelares por parte del futuro demandada no solo se limita a protestar ante la falta de presupuestos o características en la autorización de medidas cautelares, sino también a inconformarse con el peticionario de medidas cautelares en su postura¹⁷⁰.

Ante los tribunales de alzada o de segunda instancia en España, observamos que dichos órganos jurisdiccionales al resolver sobre los recursos de apelación

¹⁶⁹ Ante el Juzgado de Primera Instancia No. 7 de La Coruña, en el juicio de menor cuantía número 103/00, que se tramitó en pieza separada sobre medidas cautelares, siendo demandante Fundación MAPFRE, sobre utilización de marca con el distintivo "mapfre" por parte de la demandada, por lo que la Magistrado-Juez determinó acordar la adopción de medidas cautelares atendiendo a que el peticionario fundaba éstas en la Ley de Patentes, ofreciendo como pruebas la documental y la de reconocimiento judicial, para lo cual el juzgador determinó en base a la ley antes citada y que ante la falta expresa de previsión de los requisitos exigidos para la adopción de medidas de acuerdo a la Ley de Patentes, la práctica doctrinal y jurisprudencial al respecto coinciden en señalar que la protección cautelar en sede de propiedad industrial, precisa para su adopción de la inexcusable y conjunta concurrencia de los siguientes requisitos: a) La acreditación de un *fumus boni iuris* o existencia *prima facie* de una fundada apariencia de buen derecho en las pretensiones del demandante, con probabilidad cualificada de estimación de las mismas en la sentencia de proceso principal, lo que a su vez se requiere: 1. La justificación documental por el solicitante de las medidas de su vigente titularidad registral sobre el correspondiente bien inmaterial, toda vez que el *ius excludendi alios* sobre el mismo únicamente se adquiere por medio de su inscripción, y 2. La acreditación por el peticionario, siquiera sea *prima facie*, de la infracción de su derecho de utilización o explotación en exclusiva por parte del demandado, mediante la aportación de elementos que permitan apreciar, tratándose de marcas la realización por parte del demandado de cualquier de los actos de utilización de una marca en el tráfico económico, motivo por el cual y reunidos dichos requisitos de procedió a conceder las medidas solicitadas para que el demandado cesara en el uso de la marca indicada. Como podemos observar, la juez determinó conceder la medida cautelar solicitada sin hacer mención del peligro en la demora del juicio principal, pero que como señalamos se deduce de la actividad, además de que como se establece por el órgano jurisdiccional a falta de disposición expresa en la ley se recurre a la doctrina y a la jurisprudencia.

¹⁷⁰ En este sentido tenemos el caso que se tramitó ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia de Castilla, en donde SIDAMSA CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. y CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. contra ROSE Communications, S.L., que se tramitó por la supuesta utilización de la demandada de la denominación "DE NUESTRA TIERRA", solicitándose la cesación de su uso, por lo que la demandada promovió oposición ante las medidas cautelares, dando lugar a su negativa de adopción ante la demostración que hizo la demandada de su legalidad, al señalar que el nombre de dominio elegido como plataforma comercial en internet fue el indicado "DeNuestraTierra.com", habiendo sido concedida su utilización por Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, además de ofrecer como prueba una documental que como prueba para mejor proveer, por la Jefa del Servicio de Coordinación con la Administración de Justicia de la Oficina Española de Patentes y Marcas dependientes del Ministerio de Ciencia y Tecnología, lo que motivo acreditar la utilización del nombre y por consiguiente a negar la adopción de las medidas cautelares solicitadas. Sin embargo, al margen de lo señalado, en esta resolución el juzgador no hace hincapié a los presupuestos de las medidas cautelares.

procuran que las medidas cautelares autorizadas hayan cumplido son los requisitos legales de la ley que se aplique¹⁷¹.

Es muy importante indicar que los juzgadores españoles tanto de primera instancia y de segunda instancia han venido normando sus criterios en base a la jurisprudencia constitucional, la cual se ha enriquecido gracias a la doctrina, actualizándose los términos procesales como es el caso de las medidas cautelares, a las que se llega a conocer como medidas limitativas de derechos¹⁷².

Resulta fundamental para los juzgadores en la adopción de las medidas cautelares que cuiden el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, tema que fue analizado en el apartado 1.7.4 de este capítulo, ya que la jurisprudencia constitucional española establece que los Tribunales de amparo han declarado que la exigencia constitucional de proporcionalidad requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin constitucionalmente legítimo¹⁷³.

¹⁷¹ En este sentido tenemos que ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial y para resolver sobre los autos de las medidas cautelares número 417/97 procedente del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao, promoviendo como apelante OZUCOM, S.L. YE. A, quien funda su apelación en el inexistencia de apariencia de buen derecho de las medidas cautelares acordadas por el juzgado, quien determinó la prohibición a la demandada para utilizar la marca OZU, hasta que recaiga sentencia definitiva; en su fundamento invocado indica la parte demandada, ahora apelante, que con anterioridad a la fecha que la parte actora solicita y registra la denominación OZU.COM, en el Registro consta no a su nombre sino de otra empresa americana que el recurrente se designa como el contacto administrativo; que en definitiva que consta al menos como dato objetivo cierto una titularidad a favor de su representado con anterioridad a la certificación del Registro mercantil. El Tribunal de Alzada, en primer término procede al análisis de los presupuestos que se establecen para la adopción de las medidas cautelares y que toman en consideración: a) la Jurisdiccionalidad, cumpliéndose con una de las finalidades del proceso que es la asegurativa; b) la Provisoriedad; c) la Instrumentalidad, en cuanto que las medidas cautelares no son nunca un fin en sí mismas sino que están preordenadas a la emancipación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente o en otros términos facilitan los medios para lograr los fines pretendidos en el proceso ulterior, con el que están en relación de medio a fin, d) Discrecionalidad, ya que el juez aprecia, dentro de los parámetros legales, libremente la concurrencia de las circunstancias que aconsejen o no su adopción; e) *Periculum in mora*, que es uno de los presupuestos básicos, siendo la posibilidad de un daño y también peligro de una ejecución imposible; y, f) *Fumus boni iuris*, que en principio implica la acreditación *prima facie* de la exhibición de un título. Dicha Sala razonó en que la importancia del asunto radica por un lado en si concurre una apariencia de buen derecho del actor, menoscabada por el demandado, y si concurre un daño con el actuar del apelante, por lo que ambos parámetros se presentaban. Por cuanto al daño que se ocasionaba a la parte actora resultaba innegable en cuanto que se tenía que utilizar otra vía para que continuara con su labor y función que desarrollaba con la marca. En síntesis, podemos apreciar que los tribunales de segunda instancia cuidan los presupuestos y características de las medidas cautelares.

¹⁷² En sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio del 2001, relativa al recurso de amparo 3824/99, refiere indistintamente a las medidas cautelares con el nombre también de medidas limitativas de derechos fundamentales.

¹⁷³ Es de señalar que la Segunda Sala del Tribunal Constitucional estableció que toda disposición alegada debe ser examinada desde una triple condición que exige la Constitución española sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales que son la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica.

1.13. Tratamiento de las medidas cautelares en el Código Federal de Procedimientos Civiles y el de Comercio

Una vez desarrollado el tema de las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español, observamos que ésta legislación acoge una concepción tradicional del papel que debe asignarse a las medidas cautelares como instrumento pensado para hacer posible una futura e hipotética ejecución.

Por tanto, la existencia y buen ordenamiento de un completo sistema de las medidas cautelares es, sin duda, de gran importancia para una eficaz administración de justicia, por lo que consideramos ejemplar que la legislación española haya concretado un mecanismo tendiente a dar celeridad a los procesos en ocasiones tan largo y costoso, no solo económico, sino también físico.

Ahora bien, entremos a conocer como en materia civil el Código Federal de Procedimientos Civiles desarrolla a las medidas cautelares, así como el Código de Comercio, por lo que tenemos que las disposiciones respectivas regulan esencialmente dos medidas precautorias o cautelares, el primero regula el embargo y el depósito o aseguramiento y el segundo, el arraigo del demandado y el secuestro de bienes¹⁷⁴.

Sin embargo y atendiendo a nuestro trabajo y por tratarse de la legislación federal, únicamente nos avocaremos a tratar lo relativo a la materia procesal en materia mercantil y civil, ya que lo laboral lo trataremos más adelante y para lo cual nos daremos una idea de cómo tratan dichos ordenamientos legales a esta figura procesal de una importancia extraordinaria.

Así, el Código de Comercio en su artículo 1171, establece que no podrán dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en dicho Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona, en el caso de la fracción I del

¹⁷⁴ El CFPC denomina en su Título Cuarto a las medidas cautelares como medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias; el Código de Comercio en su Capítulo XI las llama providencias precautorias. Así, como una combinación de ambos títulos tenemos el Código de Procedimientos Civiles de Michoacán en su Capítulo II, las llama medidas de aseguramiento y providencias precautorias.

artículo 1168 y en el secuestro de bienes, en los casos de las fracciones II y III del mismo numeral.

Como se observa, este cuerpo normativo únicamente prevé dos medidas cautelares específicas, y no se establece algún otro mecanismo para adoptar medidas cautelares indeterminadas o innominadas, como lo establece el artículo 727 apartado 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Por otra parte el artículo 1172 nos muestra que el que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita.

Este precepto hace referencia a los presupuestos que ya fueron estudiados en este capítulo en el tema 1.7, con relación al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. Pero que además, se puede ofrecer como prueba documentos o testigos idóneos.

En este contexto, el arraigo¹⁷⁵ consiste en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio para responder de los resultados del proceso.

Por otra parte, el artículo 1172 nos muestra que el peticionario de la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita, es decir, que habrán de presentarse los presupuestos necesarios y que la legislación civil y mercantil no enuncia por sus nombres, sin embargo es necesario probar¹⁷⁶ el temor que se tiene en caso de que se ausente la persona,¹⁷⁷ o bien, que se oculten o enajenen las cosas.

¹⁷⁵ Pérez Palma, Rafael, op. cit., p. 327. Señala el autor que en México, "el arraigo, y particularmente el arraigo de la persona, como textualmente lo dice el artículo, tiene otro significado: es la obligación que se impone a una persona para permanecer en el lugar del juicio, durante su tramitación. Desde otro punto de vista, el arraigo es una medida coactiva que la ley propicia para obligar al demandado a garantizar, o afianzar las resultas del juicio".

¹⁷⁶ Ibidem., p. 330. El precepto admite, para acreditar el derecho que se tiene para gestionar o para probar la necesidad de la medida, prueba testimonial, pero exige que los testigos sean idóneos.

¹⁷⁷ Ibidem., p. 435. El arraigo puede solicitarse cuando el peticionario tenga temor de que la persona en contra de la que se entable o haya entablado una demanda, se oculte o se ausente. El arraigo produce el efecto de impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio, sin dejar apoderado instruido y expensado para que conteste la demanda, siga el proceso y responda de la sentencia que se dicte.

El Código de Comercio señala que si el arraigo de una persona para que conteste en juicio se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición del actor y el otorgamiento de una fianza que responda de los daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto discrecionalmente fijará el juez para que se haga al demandado la correspondiente notificación¹⁷⁸.

Claro está, dispone el Código de referencia que la providencia se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder a las resultas del juicio¹⁷⁹.

Por otra parte, dispone el Código que si la petición de arraigo se presenta antes de entablar la demanda¹⁸⁰, además de probar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita¹⁸¹, el actor deberá dar una fianza a satisfacción del juez de responder de los daños y perjuicios que se sigan si no se entabla la demanda¹⁸².

Se señala que el que quebrante el arraigo será castigado con la pena que señala el Código Penal Federal respectivo al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, sin perjuicio de ser compelido por los medios de apremio que correspondan a volver al lugar de juicio.

Por lo que respecta al arraigo, el código Federal de Procedimientos civiles no tiene establecida esta medida cautelar, sino lo que se conoce como el “depósito”,¹⁸³ tal como lo señala el artículo 389, al establecer como únicas medidas dentro de un juicio, o antes de iniciarse éste, el embargo de bienes suficientes para garantizar el

¹⁷⁸ Código de Comercio, artículo 1174.

¹⁷⁹ Código de Comercio, artículo 1175.

¹⁸⁰ Código de Comercio, artículo 1176.

¹⁸¹ Código de Comercio, artículo 1172.

¹⁸² Código de Comercio, artículos 1174 y 1179, según sea el caso de la medida que se solicita para el arraigo o el secuestro.

¹⁸³ Voz, “Depósito”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998, p. 915. Depósito, (poner en seguridad, del latín *depositum*, que deriva a su vez de *deponere*). El CC en su artículo 2516 lo define como un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante. Como observamos el elemento fundamental es que el depositario se obliga a custodiar para restituir.

resultado del juicio, y el depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito.

Por lo que respecta al secuestro de bienes,¹⁸⁴ como se le llama en el Código de Comercio, o bien, el Código Federal de Procedimientos Civiles se le conoce como embargo¹⁸⁵ de bienes, por lo que en ambos casos existe una regulación diferente, ya que en el Código de Comercio la medida cautelar se adopta cuando se solicite y se exprese el valor de la demanda o el de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión, y el juez, al decretarlo, fijará la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia¹⁸⁶.

Ahora bien, el Código de Comercio señala que cuando se pida un secuestro provisional sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque, entablada la demanda, sea absuelto el reo¹⁸⁷.

Por lo que se refiere al Código Federal de Procedimientos Civiles con relación al embargo de bienes,¹⁸⁸ establece que la medida se concederá, a solicitud del interesado, quien deberá fijar el importe de la demanda, si aún no se instaura el juicio. La resolución que concede la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Ibidem, voz, "Secuestro de bienes", p. 2880. Secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida a quien debe entregarse.

¹⁸⁵ Ibidem, voz, "Embargo", p. 1249. Del verbo embargar, que proviene del latín vulgar *imbarricare*, usado en la península ibérica con el significado de "cerrar una puerta con trancas o barras", que era el procedimiento ordinario del embargo. En términos generales, el embargo puede ser definido como la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteará en juicio (embargo preventivo, provisional o cautelar), o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva (embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo). El embargo es una afectación sobre un bien o un conjunto de bienes, en cuanto somete dicho bien o bienes a las resultas de un proceso pendiente (embargo cautelar) o la satisfacción de una pretensión ejecutiva, regularmente fundada en una sentencia de condena (embargo definitivo).

¹⁸⁶ Artículo 1178.

¹⁸⁷ Código de Comercio, artículo 1179.

¹⁸⁸ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil...*, op. cit., p. 433. Señala el autor que "nuestra legislación reconoce como un procedimiento cautelar el que tiende precisamente a conservar el Estado de hecho que guardan los bienes del deudor para evitar que éste los dilapide, oculte o enajene y haga imposible al acreedor la satisfacción del derecho real o personal que tenga que hacer valer mediante el ejercicio de la acción respectiva en el juicio definitivo. Se trata del embargo precautorio que tiene carácter conservativo".

¹⁸⁹ Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 390.

Dicho ordenamiento señala que quien solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, y la parte contra la que se dicte, podrá obtener el levantamiento de la medida o que no se efectúe, otorgando contra garantía suficientemente para responder de los resultados del juicio¹⁹⁰.

Si vemos con relación al secuestro o embargo en cuanto a su trámite no existe mucho problema, aunque si por los nombres con que se les denomina en dichos ordenamientos legales, por que estos son unos ejemplos de que no existe uniformidad en el término.

Por lo que ve al depósito o aseguramiento de cosas, libros, documentos o papeles, que señala el numeral 389 en su fracción II, se decretará la medida cautelar, cuando se demuestre la existencia de un temor fundado o el peligro de que las cosas, libros, documentos que pueden ocultarse, perderse o alterarse¹⁹¹.

En este caso, el que solicite la medida otorgará previamente garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, pudiendo la contraparte otorgar contragarantía para que se levante la medida o para que no se lleve a cabo¹⁹². Para fijar el importe de la garantía, podrá oír el Tribunal, cuando lo estime necesario, el parecer de un perito¹⁹³.

Como se observa, no existe la figura cautelar del arraigo en la legislación civil federal, como en el código de comercio, pero éste no se contempla lo relativo a depósito o aseguramiento de objetos, pero si señala lo relativo a los supuestos que deben presentarse en el caso de una necesidad cautelar al señalar el artículo 1168 que las providencias precautorias podrán dictarse:

¹⁹⁰ Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 391.

¹⁹¹ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 38. Precisa el autor que quien "solicite alguna de las mencionadas providencias precautorias, debe acreditar el derecho o la apariencia de su existencia (*fumus boni iuris*), así como el peligro de perderlo en caso de demora (*periculum in mora*)".

¹⁹² Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 392.

¹⁹³ Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 393.

I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;

II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real; y,

III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

Lo anterior no lo señala el Código Federal Procesal Civil, es decir no da un tratamiento atendiendo a los presupuestos que configuran a las medidas cautelares y que estudiamos en el tema 1.7. de este Capítulo, y si bien el Código de Comercio no lo hace de manera adecuada, cuando menos aparece el *periculum in mora*, que es el relativo al riesgo en la demora.

Por último, y para no pasarlo por alto se encuentra lo relativo al término de presentación de la demanda. Cuando la medida se solicita antes de ser entablada la demanda y se dan los supuestos que establece la ley, que en el caso del Código de Comercio, atendiendo al artículo 1185, ejecutada la providencia precautoria el que la pidió, deberá presentar la demanda dentro de tres días, si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en que la medida se dictó.

Por el contrario, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 383, precisa que la solicitud de exhibición (con relación al depósito), deberá presentarse la demanda dentro de los cinco días siguientes al en que se efectúe la exhibición, o dentro de los cinco siguientes al en que judicialmente coste que aquélla no puede efectuarse.

Mismo tratamiento da el Código Federal de Procedimientos Civiles en el artículo 397, al precisar que si la medida se decretó antes de iniciarse el juicio,

quedará insubsistente si no se interpone la demanda dentro de los cinco días de practicada, y se restituirán las cosas al estado que guardaban antes de dictarse la medida.

Curiosamente el artículo 386 señala otras medidas que son implícitas, al indicar que cuando la mantención de los hechos en el estado que guarden, entrañe la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, la demanda debe ser propuesta por la parte que solicitó la medida, dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se haya ordenado la suspensión.

El hecho de no interponer la demanda dentro del plazo indicado, deja sin efecto la medida.

Otra diferencia es que el Código de Comercio establece la tramitación en vía incidental y por cuerda separada, y mientras que el Código Federal de Procedimientos Civiles no señala nada al respecto, pero que debe entenderse que será de igual manera.

Si observamos, existen diferencias y coincidencias, aunque son más las primeras que las segundas, pero insistimos la necesidad de uniformar el tratamiento de las medidas cautelares en nuestra legislación.

Sería que en nuestros ordenamientos legales existiera, como en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, una guía de medidas cautelares específicas, ya que en nuestra legislación no son únicamente las que se acaban de indicar, de tal suerte que no estuvieran dispersas y se tuviera un instrumento muy útil.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3272. Este tratadista quien al realizar un estudio de las distintas medidas cautelares que se legislaron en la legislación española nos indica que "el artículo 727 de la nueva LEC de 7 de enero del 2000, misma que entró en vigor el día 8 de ese mes y año, establece como medidas cautelares específicas: 1ª. El embargo preventivo de bienes; 2ª La intervención o la administración judicial de bienes productivos; 3ª El depósito de cosa mueble; 4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga; 5ª La anotación preventiva de demanda; 6ª Otras anotaciones registrales; 7ª La orden judicial de casar provisionalmente; 8ª La intervención y deposito de ingresos; 9ª El depósito temporal de ejemplares; 10ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, y, 11ª Aquellas otras medidas que, para la

Desde luego que dichas medidas tienen un tratamiento, pero sin embargo, no será en este trabajo momento para hacer algunos comentarios, nos da una idea del avance en cuanto a la ordenación de sus códigos procesales, pero que, repetimos, es apremiante uniformar el tratamiento de las medidas cautelares en México, ya que como veremos a continuación va a permitir que la administración de justicia vaya tomando un rumbo en que poco a poco se utilice un mismo lenguaje técnico.

En resumen, en materia civil, mercantil y laboral, las disposiciones respectivas regulan esencialmente dos medidas precautorias o cautelares: el arraigo del demandado y el secuestro de bienes, y el Código Federal de Procedimientos Civiles agrega lo que se llama “medidas asegurativas”, omitiéndose el arraigo, por el depósito.¹⁹⁵

La legislación procesal mexicana, no tiene un sistema de uniformidad legislativa que permita contar con una herramienta confiable en tratándose de medidas cautelares. Ello debido, en parte a la falta de interés que existe en este tipo de temas, bien, por el desuso que tiene este tipo de procedimientos, o por la ineffectividad que resulta al promoverla.

De entrada, los Códigos que se estudiarán, no cuentan con la uniformidad que se requiere, puesto que se crearon para fines e intereses distintos; no contamos, como en España, con un Código supletorio para todas las materias, además de que no existe en el proceso cautelar un listado de medidas, sino que éstas continúan dispersas, lo que hace difícil la labor del juez, del litigante, del tratadista.

Es de señalarse que no se hace mención al trámite que se establece el Código de Procedimientos Civiles del D.F., ya que éste cuerpo legal establece los supuestos del Código de Comercio que es el secuestro y el arraigo, lo que se hace necesario la uniformidad.

protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial”.

¹⁹⁵ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General...*, op. cit., p. 32. Indica el autor que “la naturaleza de estas providencias es meramente preservativa, provisional y temporal”.

1.14. Las medidas cautelares en la jurisprudencia mexicana

Resulta interesante para los fines del presente trabajo conocer como nuestro alto Tribunal Constitucional da un tratamiento a las medidas cautelares y que reglas, en su caso, se siguen para su adopción.

Por principio de cuentas tenemos que la Corte y Tribunales Colegiados coinciden en el término gramatical de medidas cautelares en tratándose de materia común, ya que por ejemplo en materia civil o mercantil se utilizan los nombres con que se les conocen en sus correspondientes Códigos y que ya nos referimos en el tema anterior.

Tenemos una jurisprudencia, la cual refiere a los presupuestos de las medidas cautelares y que resulta ser la única que trata a éstos ya que de una búsqueda a las distintas épocas de que se compone nuestra jurisprudencia no se localizó ninguna otra jurisprudencia con estos elementos.

Dicha jurisprudencia es de la novena época y relativa a la materia administrativa sobre los casos de suspensión solicitada en un juicio de amparo indirecto y que para su concesión debe tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada y que para ello el juzgador federal deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva.

Sin embargo, el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, sólo para los efectos de la suspensión¹⁹⁶.

¹⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, Pleno, Tesis P/J. 16/96, novena época, contradicción de tesis 12/90, abril de 1996, p. 36; SUSPENSION. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. "...Tal anticipación es posible porque la suspensión se asemeja, en el género próximo, a las medidas cautelares, aunque es evidente que está caracterizada por diferencias que la perfilan de manera singular y concreta. Sin embargo, le son aplicables las reglas de tales medidas, en lo que no se opongan a su específica naturaleza. En este aspecto cabe señalar que son dos los extremos que hay que llenar para obtener la medida cautelar: 1) Apariencia de buen derecho y 2) Peligro en la demora.

Esta jurisprudencia explica el *fumus boni iuris* de una manera técnica, pero concreta y entendible, ya que bastará la apariencia de buen derecho de la pretensión ejercitada para que se colme éste presupuesto¹⁹⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia que se viene comentando trata el peligro en la demora como un segundo elemento necesario en la adopción de las medidas cautelares y que lo considera junto con la apariencia de buen derecho como principios de las medidas cautelares¹⁹⁸.

Por tal motivo, es incuestionable que la Suprema Corte atendiendo a la teoría general del proceso, explica de una forma más clara y con sustento doctrinal los presupuestos de las medidas cautelares.

Además encontramos una de las características de las medidas cautelares en la jurisprudencia que estamos comentando y que se refiere a la proporcionalidad o interés general y que analizamos en el tema 1.7.4., pero que a manera de referencia se establece que para conceder la suspensión en un juicio de amparo deberá tomarse por el juzgador la naturaleza de la violación alegada, lo que supone realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho esgrimido¹⁹⁹.

Por otra parte, con relación a la característica de la *inaudita parte*, la Corte se ha pronunciado al respecto mediante jurisprudencia firme, situación que se comentó en el tema 1.6.6. del presente capítulo, además, dicha jurisprudencia refiere a otras características como la accesoriedad, la provisionalidad o temporalidad y la instrumentalidad, por lo que observamos que existe un adelanto importante en el

¹⁹⁷ Idem. "Al respecto, la apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso".

¹⁹⁸ Idem. Señala la jurisprudencia que "el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales".

¹⁹⁹ Idem. En este sentido se establece que dicho juicio se "realiza con miras a otorgar la medida cautelar para evitar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y conservar viva la materia del juicio, si con ello no se lesionan el interés social y el orden público, lo cual podrá resolver la sensibilidad del juez de Distrito, ante la realidad del acto reclamado, pues si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado".

tratamiento de las medidas cautelares por parte de nuestro máximo Tribunal Constitucional.

Tenemos que dicha jurisprudencia establece que 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 por sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios²⁰⁰.

Además señala la jurisprudencia que 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 estima que puede sufrir algún menoscabo²⁰¹.

El criterio jurisprudencial apunta a la instrumentalidad indicando que las medidas cautelares 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.

La Suprema Corte de Justicia precisa en forma por demás clara que debe considerarse que 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.

²⁰⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, novena época, pleno, Tesis P/J. 21/98, marzo de 1998, p. 18.

²⁰¹ Idem.

Cabe señalar, que en este sentido la Corte bien pudo apuntar a que dichos actos provisionales pueden estar sujetos al procedimiento cautelar, dentro del cual la parte contra quien se adoptaron las medidas cautelares pueda oponerse a dicha autorización administrativa o jurisdiccional, y no que la temporalidad este sujeta al juicio principal.

1.15. La uniformidad en el tratamiento de las medidas cautelares en la legislación procesal mexicana

En el presente apartado trataremos lo relativo a la uniformidad de las medidas cautelares, así como ha resultado en legislaciones extranjeras como España, se pretende que en la nuestra también exista, de tal suerte que nos encontremos con un lenguaje jurídico único.

Toda vez que al tratar lo relativo a los presupuestos y características, existe disparidad en los conceptos que se utilizan en los distintos códigos nacionales en relación con las medidas cautelares.

La uniformación parte de bases y principios comunes, por eso la necesidad de establecer que los códigos anteriormente anotados tengan un lenguaje común, un tratamiento para las medidas cautelares semejante, en cuanto a las distintas medidas, los términos procesales para interponer la demanda, cuando se solicita antes la demanda, las garantías, el trámite que han de seguir, entre otras que podemos anotar.

Señala Carnelutti que, “tomando en consideración estos conceptos – hace alusión a la conservación e innovación del proceso cautelar –, podrá construirse una teoría del proceso cautelar, reordenando las normas dispersas en las leyes vigentes, lo que escapa del cometido que se ha propuesto”²⁰².

²⁰² Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 231.

Señala el insigne tratadista que, por la falta de una preparación científica adecuada, carece el derecho positivo de una disciplina orgánica de este tipo de proceso. Continúa indicando que el aspecto más grave del desorden es la disciplina separada, una separación debida exclusivamente al peso de la tradición.

Por su parte, Fernández-Ballesteros señala que la “existencia y buena ordenación de un complejo sistema de medidas cautelares es, sin duda, de extraordinaria importancia para una eficaz administración de justicia”²⁰³.

Con relación a este tema, es importante su ponderación ya que para partir hacia un propósito es menester tener las herramientas e instrumentos necesarios para poder comenzar una determinada obra, aunque en ocasiones nos encontramos ante situaciones adversas, como en el caso que nos ocupa las medidas cautelares.

Primeramente, ante la dispersión de los conceptos que tratan a las medidas cautelares en las distintas codificaciones existentes y leyes vigentes, que de manera conjunta constituyen lo que llamamos derecho positivo vigente, observamos la complicación que existe en muchas ocasiones para utilizar un determinado código o ley y que ambos traten un concepto jurídico de tal o cual forma, lo que acarrea serias dificultades al estudioso del derecho, al abogado, al juez al estudiante.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo señala que es “indispensable para México que cuente con la justicia que por su historia, su presente y su porvenir se merece, que se remuevan esas dificultades y escollos”²⁰⁴.

¿Qué ventajas tendríamos con tener un derecho unificado? en primer lugar, que se integre la legislación en su sólo cuerpo jurídico; debo precisar que no me estoy refiriendo a la uniformación de conceptos o figuras jurídicas, sino a la base para llegar a ese propósito, ya que no es posible que se tenga la obligación de conocer más de

²⁰³ Fernández-Ballesteros, Miguel Angel, op. cit., p. 3221.

²⁰⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, tercera edición, Porrúa, México, 1993, p. 5.

120 códigos diferentes, entendido esto, en el sentido de que cada Estado de la República cuenta con su propia legislación.

En este sentido, señala Alcalá-Zamora, hace la observación, muy objetiva, de que una pluralidad de códigos complica a la administración de justicia y dificulta su indispensable renovación.

Pero lo grave no es eso, sino que en muchas ocasiones confunden los términos con la legislación federal y no se diga con los Estados.

Pero el habernos desviado un poco del tema, y más cuando tratamos de justificar la necesidad, primera, de que la legislación federal en materia mercantil y civil se uniforme en cuanto al concepto de medidas cautelares, que como ya analizamos ambos códigos los tratan de distinta manera, claro, en cuanto al concepto, y no se diga en cuanto a su contenido procesal, que desde luego son varias las diferencias que existen al respecto.

Por ello, partiendo de la necesidad de uniformar el concepto y por que no de que su tratamiento también se uniforme, ya que ambos, vuelvo a repetir, varían demasiado.

Sería positivo y adecuado que el legislador, el jurista, el abogado postulante, el juzgador, encuentren un lenguaje jurídico común, desde luego sin perder la esencia, y no vernos enfrascados en un sinnúmero de denominaciones.

Debemos permitir que fluyan las ideas tendientes a dar una seguridad a los términos procesales que con la práctica se utilizan, evitar hablar de medidas de aseguramiento, de providencias precautorias, de medidas provisionales, de providencias cautelares, de medidas preparatorias, y así sucesivamente podemos encontrar infinidad de términos que no nos llevan a otra cosa, sino a crear confusión, ya que para el fin práctico es lo mismo, pero que error tan grande estamos solapando.

Alcalá-Zamora comenta al respecto que, en definitiva para cualquier Estado, no es soportar muchos códigos malos, sino disponer de uno bueno para cada rama jurídica, y como es natural, será mucho más fácil y rápido conseguir uno bueno para todo el país y no una serie de ellos para distintas porciones²⁰⁵.

Ahora bien, en tratándose de las medidas cautelares, término que ha quedado justificado, vale la pena reiterar, que el uniformar los términos acarrea una gran ventaja que es el dialogar sobre un lenguaje jurídico uniforme, y así evitar hablar idiomas jurídicos diversos, como señala Alcalá-Zamora.

Lo anterior nos invita en primer término, a tener un término uniforme tanto en materia procesal tanto, mercantil como civil, para una vez hecho, comenzar en lo próximo con el tratamiento de los supuestos que contempla.

La uniformidad del derecho, particularmente en tratándose de las medidas cautelares, nos pondrá a la par de países procesalmente más avanzados con un derecho más acorde a las necesidades de la administración de la justicia y sobre todo de la comunidad jurídica que requiere de utilizar debidamente los términos y no caer en los errores que han costado mucho.

Alcalá-Zamora señala, a manera de buena intención, que si un Presidente de la Nación fuese un Licenciado en Derecho, prestará atención a esta aspiración, en bien de México y de su justicia, y en que, por lo menos, al ser el órgano legislativo el mismo, se unifiquen los códigos procesales federales y del Distrito, cual ya sucede con el civil, o en Argentina con el código procesal penal para la justicia federal.

²⁰⁵ Ibidem., p. 9. Indica Alcalá que "podrá objetársenos, en otro sentido, que el cuadro presentado por nosotros exagera la nota, ya que dada su común raíz hispánica, los códigos procesales mexicanos coinciden en gran parte. Pues si coinciden en gran parte, razón de más para unificarlos, de un lado, porque dicha coincidencia o semejanza simplificará la unificación. Cabe señalar con lo comentado por este tratadista, es que pugna por la existencia de un sola legislación, para cada rama del derecho, a lo que estamos de acuerdo, pero no olvidemos lo dispuesto por el Artículo 133 Constitucional, respecto al principio de supremacía constitucional, ya que lo adecuado será uniformar la legislación federal en cuanto a los términos jurídicos, y después los Estados sujetarse a esa uniformidad".

Debemos pugnar por la uniformación en el tratamiento de las medidas cautelares, ya hemos visto que se justifica la necesidad de uniformar el término, pero además, se tiene que facilitar la convivencia del entorno judicial y no a complicar su relación, utilizando términos confusos o sinónimo sobre éste, en lugar de tener un tratamiento conceptual uniforme.

1.16. Conclusiones

El concepto de las medidas cautelares, aunado a su origen y denominación, nuestros códigos adjetivos utilizan términos distintos al que se utiliza por la teoría general del proceso, tal fue el caso del Código de Comercio que las llama providencias precautorias, mismo término que utiliza nuestro Código estatal, o bien, el Código Federal de Procedimientos Civiles que las denomina medidas precautorias, y dentro de la ley laboral las llama providencias cautelares, por ende la necesidad de que se uniformen los códigos anteriormente anotados para que tengan un lenguaje común, en el tratamiento de las medidas cautelares.

Las acciones cautelares al proteger de manera temporal y hasta que se dicte resolución, las personas, bienes y los derechos en el proceso de conocimiento, una vez que se acredita el peligro por la demora y la apariencia de buen derecho, resulta necesario considerar que es factible ordenar la materia laboral, atendiendo desde luego a los presupuestos que son indispensables para la adopción de medidas cautelares, ante el peligro de una eventual insolvencia en que puede caer el deudor o bien, que en la petición de condena a dar una cosa, el temor sería que el demandado disponga de la misma.

En la Ley Federal del Trabajo es necesario que se traten las características de las medidas cautelares explicando en que consisten éstas, por lo que tenemos que la jurisdiccionalidad la tiene la autoridad para conocer y resolver sobre la adopción de la medida cautelar; la dispositividad en que sólo a instancia de parte se podrá conocer sobre las medidas cautelares y no de oficio; la instrumentalizada, que facilita los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; la provisionalidad y

temporalidad, en que para levantar la medida se requiere que se presente alguna de las formas anormales que extingan la pretensión o bien el reconocimiento de ésta, por lo que su duración será hasta la efectividad del derecho y la Inaudita parte en que las medidas se ordenan sin oír previamente a la parte contraria.

Resulta de gran impacto que conocidas las características y presupuestos de las medidas cautelares, se observe que estamos lejos de contar con un verdadero tratamiento a las medidas cautelares, ya que las mismas no se encuentran debidamente reguladas en la Ley Federal del Trabajo lo que ocasiona, desde su denominación, confusión a las autoridades del trabajo, por falta de una clara explicación de los presupuestos y características, y por ende de un procedimiento eficaz, aunado además de la poca producción jurisprudencial en materia cautelar.

CAPITULO DOS

La Ley Federal del Trabajo y la protección de los derechos laborales

SUMARIO. 2.1. Antecedentes históricos del derecho laboral en México; 2.1.1. Las garantías sociales en Francia; 2.1.2. Las garantías sociales en México; 2.2. La declaración de derechos sociales de 1917; 2.3. Naturaleza de la garantía social; 2.4. La Ley Federal del Trabajo de 1931; 2.5. Nacimiento de las autoridades laborales; 2.5.1. La Federalización de la legislación laboral; 2.5.2. La nueva ley laboral de 1970 y sus reformas; 2.6. La relación de trabajo como orden jurídico del derecho social; 2.6.1. Elementos de la relación laboral; 2.7. El contrato de trabajo; 2.7.1. El objeto del contrato de trabajo; 2.7.2. Derechos y obligaciones que nacen del contrato de laboral; 2.7.3. Condiciones generales del trabajo; 2.8. La estabilidad en el empleo; 2.8.1. Concepto de estabilidad laboral; 2.9. La duración de los contratos de trabajo; 2.9.1. Contrato por obra determinada; 2.9.2. Contrato por tiempo determinado; 2.9.3. Contrato por tiempo indeterminado; 2.10. Terminación laboral; 2.10.1. Rescisión laboral; 2.11. Conclusiones.

2.1. Antecedentes Históricos del Derecho Laboral en México

Para el presente capítulo nos remontaremos a los inicios del siglo XX, en donde se presentaron acontecimientos que propiciaron las condiciones para que en la República viera a la luz un derecho social necesario para normar la vida jurídica de los trabajadores con los patrones.

Por ello, nuestro derecho del trabajo, tiene su origen por mandato constitucional vigente a partir de la aprobación de la Constitución Política Mexicana de 1917, atento al artículo 123 de la citada Carta Legal.

Sin embargo, para entender el problema que nos atañe con la presente investigación que se desarrolla, es necesario comprender la evolución histórica que ha tenido el derecho del trabajo en nuestro país, partiendo de la esencia que da origen al derecho social como son las llamadas garantías sociales²⁰⁶.

²⁰⁶ Trueba Urbina, Alberto, Nuevo Derecho del Trabajo, quinta edición, Porrúa, México, 1980, p. 15. Señala el tratadista, quien representa al sector obrero dentro de la doctrina del derecho laboral, por lo que indica, como autor de la teoría integral de derecho del trabajo y de su disciplina procesal, que esta surge como la revelación de los textos del artículo 123 de la Constitución Mexicana de 1917, cuyas bases integran los principios revolucionarios del derecho del trabajo y de la previsión social en México, teoría que establece el contenido del artículo 123 de la constitución social que identifica el derecho del trabajo con el derecho social, por tanto corresponde a esta rama del derecho.

2.1.1. Las Garantías Sociales en Francia

Nuestro punto de partida es el contexto que nos dan las denominadas garantías sociales. Las mismas surgieron a raíz de la Revolución Francesa y como derivación directa de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789. Fruto de ese movimiento, nace el individualismo, el cual constituyó el fin del Estado y de sus instituciones jurídicas²⁰⁷.

En consecuencia, el individuo y sus derechos eran lo primordial, si no el único, objeto de tutela de organización estatal, postulado que acogió plenamente el Constituyente mexicano de 1857 y que plasmó en el Artículo primero de la Ley Fundamental de ese año²⁰⁸.

Imperó el liberalismo, que implicaba una completa abstención por parte del Estado en la regulación de las relaciones sociales. Sólo tenían injerencia en éstas las autoridades estatales, cuando el libre juego de los derechos de cada gobierno originaba conflicto entre los individuos.

El individualismo prohibió toda idea de asociacionismo, de coalición de gobernados para defender sus intereses mutuos, pues se decía que entre el Estado, suprema persona moral política, y el individuo no debía haber entidades intermedias que no tuvieran como finalidad la protección de los intereses particulares.

Tanto el liberalismo como el individualismo tenían su soporte en el concepto de igualdad legal. Todo hombre es igual a todos a los ojos de la ley, decían los revolucionarios franceses²⁰⁹.

²⁰⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, trigésima edición, Porrúa, México, 2000, p. 693.

²⁰⁸ El artículo 1º señalaba: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que en ella misma establece. Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos extranjeros que entren en territorio nacional alcanzarán por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, condiciones de salud, la religión, opiniones, las preferencias el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona.

²⁰⁹ Briceño Sierra, Humberto, *Biblioteca de Derecho...*, op. cit. p. 150. Indica el autor que en "julio de 1789 se encargó a una comisión de la Asamblea Constituyente la preparación de un borrador sobre los principios fundamentales en los que debía basarse la Constitución francesa. Esa comisión, después de amplios debates en los que se cuestionó su oportunidad, decidió encabezar la Constitución con una declaración de derechos. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se

La abstención, por parte del Estado, en el sentido de no intervenir en las relaciones sociales, con las salvedades indicadas, acarreo tremendas consecuencias para las clases desposeídas, lo que se palpaba, principalmente, en las relaciones obrero-patronales.

Por ello, ante la implantación del individualismo como régimen económico y jurídico en Francia, no fue a la solución a la división que se daba entre clases con motivo de la desigualdad, por lo que algunos políticos franceses al darse cuenta de que los postulados de la libertad e igualdad resultaba mera demagogia, ya que la sociedad presentaba una desigualdad cada vez más marcada.

Cabe señalar que dentro de los trabajos de la convención francesa de 1789 no se tomó en consideración la propuesta de Rousseau de implementar una organización en que participara el Estado, ya que la desigualdad provenía de la propiedad privada.

Con posterioridad a la Revolución Francesa, se crea en Francia una reglamentación para el trabajo, pero no autónoma ni independiente de los demás cuerpos de leyes que existían, sino diseminada en la llamada Ley Chapelier, en el Código Penal y en el Civil²¹⁰.

Es importante subrayar que en México se creara una legislación del trabajo, como consecuencia de la adopción de las ideas que privaban en Francia en el sentido de que estableció la libertad de trabajo por convenir a los ciudadanos y para cuya implantación y desenvolvimiento en la realidad, las asociaciones profesionales constituían un gran obstáculo.

También en Europa, específicamente en Alemania, surgió lo que se denominó intervencionismo de Estado, ideado por Canciller Bismarck quien pensó,

terminó el 26 de agosto y con ella se puede decir que quedaron codificadas las ideas fundamentales de la filosofía política del siglo XVIII. El artículo primero especifica que "todos los hombres nacen iguales" y más adelante, en el artículo 6 se precisa que "la ley es igual para todos"; lo que viene a resumir el principio de igualdad de los seres humanos".

²¹⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías...*, op. cit., p. 694.

fundamentalmente en beneficio de los productores. Dicha doctrina sería traducida en la regulación de la producción o elaboración industrial por parte del Estado.²¹¹

El segundo aspecto de esa injerencia estatal en la vida económica de Alemania fue que propició el establecimiento de una primigenia reglamentación de las relaciones entre los empresarios y los trabajadores. Contrastaba con las ideas liberales en Francia, consignadas en la Ley Chapelier, pues mientras que el primero promovía que el Estado interviniera en la producción regulándola, el liberalismo francés sostenía que debía dejarse a los productores y a todo individuo en general en libertad absoluta, (*laisser- faire, laisser- passer*).

Las ideas liberales francesas confundían los dos aspectos del intervencionismo de Estado en Alemania, considerando a ambos como obstáculo a la libertad de trabajo, por lo que durante el predominio de ellas no se pensó en Francia en crear una legislación que normara las relaciones obrero-patronales²¹².

Tanto la ley Chapelier como el código penal francés, hicieron imposible todo intento de asociación de trabajadores. A raíz de la Revolución Francesa, triunfó el individualismo, y como consecuencia de este acontecimiento, los trabajadores se vieron aislados frente al poderío económico del patrón, quien los obligaba a prestar sus servicios mediante una retribución ínfima; las relaciones de obrero a empresario estaban reguladas por un contrato individual de trabajo formado sobre la base de una libre contratación; es decir, se fundamentaba la relación en la dimensión *ius privatista*.

Este principio de la libertad de contratación en las relaciones individuales de trabajo se contempló en el Código Civil Francés de Napoleón del año 1804, inspirado

²¹¹ Ibidem, p. 698. Refiere el autor que "Bismarck creó normas protectoras para los trabajadores frente al capital siendo una concesión del Estado a favor de los trabajadores".

²¹² Ibidem, p. 695. Señala al respecto Burgoa que era "evidente que de tal confusión surgía un error, al pretender las teorías liberales que, mediante la injerencia del Estado en cualquier aspecto de la actividad individual, se menoscabaría enormemente el postulado de la libertad del hombre, pues el hecho de que el gobierno interviniera como regulador de las relaciones entre empresarios y trabajadores, en nada podría significar una violación a dicha libertad. Estas ideas trajeron como consecuencia, pues, una completa falta de protección y abandono de los trabajadores, quienes, bajo un régimen de libertad aparente, se veía en la mayoría de las veces a merced del patrón".

en ideas individualistas y en beneficio del trabajador, por lo que el postulado de la libertad de las partes para la celebración de todo acto jurídico constituyó la base de dicha legislación.

En el Código Civil napoleónico la prestación de un trabajo se consideraba como un arrendamiento cuya estructura seguía la idea romana del mismo. Este arrendamiento prestaba tres formas en que se podía celebrar el contrato de trabajo: arrendamiento de servicio (*locatio operarum* y la *locatio operaris*)²¹³, el contrato de transporte; y, el contrato de empresas, que era el antiguo contrato de obras del Derecho Romano²¹⁴.

Así la reglamentación francesa no se preocupó por el salario, la jornada de trabajo y la duración del mismo. En caso de que el sueldo fuera exiguo y desproporcionado a la calidad y rudeza del trabajo, el obrero sólo podía ejercitar la acción de rescisión del contrato. Lo mismo sucedía con la jornada de trabajo y la duración de éste. Todo estaba determinado por el libre juego de las voluntades individuales: la del que prestaba el “servicio” y de quien lo pagaba.

El contrato de trabajo no se redactaba nunca por escrito, ni el patrón recibía comprobantes de lo que había entregado al trabajador por concepto de salario²¹⁵. Era de esperarse que se hayan suscitado muchas dificultades y conflictos entre obreros y patrones, iniciándose infinidad de procesos, en los que la iniquidad y la injusticia para el trabajador eran palpables. Según el artículo 1781 del Código Civil

²¹³ Eugéne, Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, séptima edición, Porrúa, México, 1990, p. 404. El autor nos precisa que en el “Derecho Romano se conocía el arrendamiento como un contrato por el cual una persona se compromete con otra a procurarle el goce temporal de una cosa, o a ejecutar con ella cierto trabajo mediante una remuneración en dinero, llamada *merces*. El que se obliga a suministrar la cosa o trabajo es el *locator*; hace una *locatio* y tiene contra la otra parte la acción *locati* o *ex locato*. El que debe el precio del alquiler, o *merces*, toma el nombre de *conductor*; hace una *conductio*, y puede ejercitar contra el *locator* la acción *conducti* o *ex conducto*. Explicado lo anterior, podemos decir que el autor distingue la *locatio operarum* cuando el locutor, en lugar de procurar el disfrute de conducir de una cosa por la que debe *merces*, le presta servicios determinados. La *locatio operaris* se presenta cuando el presta sus servicios recibe de la otra parte tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar su trabajo”.

²¹⁴ Idem. Bajo este mismo rubro que se comenta dentro del arrendamiento romano, el autor a manera de ejemplo indica que “si Ticio entrega a un obrero una joya para arreglarla, limpiar un vestido, transportar mercancías, o bien entrega a un empresario de trabajos un terreno para construir una casa o edificio. En estos diferentes casos, los romanos consideran la operación que debe ser realizada como la cosa arrendada. Llamam *locator* al que entrega la cosa, *qui locat opus faciendum*, y conductor al que debe ejecutar el trabajo. Resulta de ello que es el *locator* quien paga la *merces* y el conductor quien la recibe”.

²¹⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías...*, op. cit., p. 696. Cabe señalar, por el autor que “el principio jurídico según el cual el que afirma esta obligado a probar, era desconocido por la legislación civil francesa en materia de trabajo. Este precepto no paso a nuestro derecho, por lo que el sistema jurídico mexicano permaneció fiel a los postulados de libertad e igualdad”.

Francés, el simple dicho del patrón era estimado con un valor probatorio pleno respecto de los salarios, de su pago²¹⁶.

El año de 1865 se suprimió en Francia este artículo, insólito en una legislación de tipo liberal. Por lo que ve a la duración de la jornada de trabajo, la legislación francesa dispuso que no debía ser muy prolongada, consignando dos formas según las cuales se podía celebrar el contrato: por tiempo indefinido y por término forzoso²¹⁷.

En materia procesal, no había una justicia que se impartiera expresamente para los conflictos nacidos de la relación de trabajo, pues aquella era la civil en donde tenían lugar los defectos de esta última: la lentitud del procedimiento y lo costoso de los gastos de la causa²¹⁸.

En síntesis, podemos señalar de todo lo expuesto que los principios del régimen individualista que imperó en Francia fueron los de libertad e igualdad para todos. La relación de trabajo durante este régimen resultaba de un libre acuerdo entre las partes interesadas. La economía liberal, en consecuencia, impidió toda injerencia del Estado en la vida de los particulares. El contrato de trabajo fue la expresión de la intención y voluntad de las partes.

Sin embargo debemos recalcar que las garantías sociales en materia de trabajo en Francia surgen en virtud de dos circunstancias que son: la profunda división que mediaba entre las dos clases sociales, patronos y obreros, y la deplorable situación en que éstos se encontraban frente a la burguesía francesa.

²¹⁶ Ibidem, p. 695. Señala Burgoa que "la reglamentación francesa no se preocupó por las tres cuestiones básicas del contrato de trabajo, que era el salario, la jornada de trabajo y la duración del mismo. En caso de que el sueldo fuera poco y desproporcionado a la calidad y rudeza del trabajo, el obrero solo podía ejercitar la acción de rescisión del contrato. Dicho artículo aprobado por el Consejo de Estado Francés señalaba: El patrono será creído bajo palabra si afirma: el monto de los salarios; el pago de los del año vencido; y la existencia de anticipos sobre el año siguiente".

²¹⁷ Se puede explicar que por tiempo indefinido se entiende que el contrato de trabajo no tiene plazo de vencimiento; en cambio se consideraba por término forzoso, cuando un patrón despedía a un trabajador, sin que hubiera fenecido el término del contrato, en el caso de que éste se hubiera convenido por tiempo determinado, sólo estaba obligado a pagar al obrero el salario correspondiente al tiempo que necesitaba para encontrar nueva ocupación.

²¹⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías...*, op. cit., p. 697.

2.1.2. Las garantías sociales en México

No obstante, que en sus lineamientos generales, la situación jurídica del trabajador en México era semejante a la que éste guardaba en Francia, sin embargo, en nuestro país legalmente no se prohibió la asociación profesional, pero se si políticamente.

El Código Penal que rigió durante el gobierno de Porfirio Díaz establecía que era un delito realizar motines con el objeto de elevar los salarios, disposición de la que se aprovechó el Presidente Díaz para eliminar las huelgas que había durante su gobierno.

El Código Civil de 1870 estableció que el contrato de trabajo no era un contrato de arrendamiento, el cual sólo se refería a las cosas que son susceptibles de apropiación.

La legislación civil mexicana excluyó al contrato de trabajo de todo arrendamiento, estimando que, siendo solamente las cosas que son susceptibles de apropiación objeto de un contrato de arrendamiento, el trabajo del hombre no puede constituirse ese objeto, ya que no tiene esa posibilidad.

El Código Civil de 1870 colocó al trabajador y al patrón en la misma situación de igualdad, a diferencia del Código Civil de Napoleón, que establecía una serie de prerrogativas y privilegios a favor de los empresarios. En nuestra legislación civil, pues, encontramos las doctrinas del liberalismo e individualismo aplicadas con más exactitud.²¹⁹

Desde principios del siglo XX, los trabajadores mexicanos comenzaron a hacer sentir su voz: las huelgas de Cananea en 1906,²²⁰ Río Blanco en 1907²²¹ y la

²¹⁹ Ibidem, p. 699.

²²⁰ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1990, p. 42. Este tratadista señala esos dos movimientos sociales llevados a cabo, el primero por los mineros de Cananea quienes declararon una huelga para obtener mejores salarios y reprimir los privilegios que la empresa otorgaba a los empleados norteamericanos; es fama que el gobernador Izábal, aplastó el movimiento con auxilio de la Unión Americana.

de los ferrocarrileros de 1908 fueron un punto de partida para las luchas posteriores. El proyecto de programa del Partido Liberal Mexicano influenció también las luchas de aquellos tiempos.

El PLM, encabezado por los hermanos Flores Magón, impulsó una campaña muy fuerte, publicando su presidente Ricardo Flores Magón, un manifiesto, que contiene el programa pre-revolucionario a favor de un derecho del trabajo para la organización y lucha de los trabajadores²²².

Además, el programa establecía la necesidad de crear bases generales para una legislación del trabajo, en la que se debería tomar en cuenta que los trabajadores mexicanos tendrían preferencia en todas las empresas que se establecieran en el territorio nacional, así como una igualdad salarial en comparación con los trabajadores extranjeros.

Se contaría, indica el programa del PLM, con jornadas máximas de ocho horas y la prohibición a los menores de catorce años para trabajar; se tendría un descanso semanal, así como la fijación de salarios mínimos, la reglamentación del trabajo a destajo, para evitar abusos en dichas actividades.

En este contexto, la propuesta de legislación laboral del PLM era urgente: la higiene en fábricas, talleres, alojamientos y otros lugares en que dependientes y obreros deben estar por largo tiempo; las garantías a la vida del trabajador; la prohibición del trabajo infantil; el descanso dominical; la indemnización por accidentes y la pensión a obreros que han agotado sus energías en el trabajo.

²²¹ Idem. En este segundo movimiento, nos precisa De la Cueva, que los empresarios de Puebla impusieron un reglamento de fábrica que implicaba perjuicio a la libertad y dignidad del hombre; los trabajadores se declararon en huelga, pero los empresarios poblanos convencieron a todos los dueños de fábricas para que hicieran un paro general; los obreros acudieron con el Presidente Díaz para que arbitrara el conflicto; el gobierno fallo a favor de los empresarios, obteniendo los obreros como logro la prohibición del trabajo a los menores de edad.

²²² Idem. Establece de la Cueva que este partido con tendencias anarquistas, fue una de las más importantes en cuestión de propuestas reivindicatorias y propaganda de su época, en su exposición de motivos señala: "un gobierno que se preocupe por el bien efectivo de todo el pueblo, no puede permanecer indiferente ante la importantísima cuestión del trabajo".

Asimismo se consideró incorporar la prohibición de multas y descuentos; la obligación de pagar en efectivo; la anulación de la deuda de los campesinos; prohibición de las tiendas de raya; la reglamentación de servicios especiales, como el domestico y del trabajo a domicilio, y las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

La dictadura de Porfirio Díaz, propició condiciones en las que el trabajador mexicano se vio afectado en sus derechos a la condición más miserable; en donde quiera que presta sus servicios, es obligado a desempeñar una dura labor de muchas horas por una jornada de unos cuantos centavos.

El patrón, en ese entonces imponía sin apelación las condiciones del trabajo, que siempre eran desastrosas para el obrero, y este tiene que aceptarlas por dos razones: porque la miseria lo hacía trabajar a cualquier precio y tener un mejor nivel de vida.

Así es como el trabajador mexicano acepta labores de doce o más horas diarias por salarios menores de setenta y cinco centavos, teniendo que tolerar que los patrones le descontaban de su jornada laboral, diversas cantidades, para medico, culto católico, fiestas religiosas o cívicas y otras cosas, además de las multas que con cualquier pretexto se le imponía.

Cabe señalar que no todo en esa época, previa al movimiento revolucionario, era fracaso en materia laboral, ya que para el día 30 de abril de 1904, a solicitud del gobernado del Estado de México José Vicente Villada, la legislatura del Estado dictó una ley, en la que se declaró que en los casos de riesgos de trabajo el patrón debía dar la asistencia requerida y pagar el salario al trabajador hasta por tres meses. Por su parte, el Gobernador de Nuevo León Bernardo Reyes al impulsar el desarrollo industrial de esa entidad, tuvo la convicción de que era necesario una ley de accidentes de trabajo misma que tuvo vigencia el nueve de noviembre de 1906²²³.

²²³ Ibidem, p. 43. Establece De la Cueva que "en esta ley se definió el accidente de trabajo, único de los riesgos considerado, como aquél que "ocurre a los empleados y operarios en el desempeño de su trabajo o en ocasión de él"; fijándose indemnizaciones que llegaban al importe de dos años de salario para los casos de incapacidad permanente total".

2.2. La declaración de derechos sociales de 1917

Ante el movimiento revolucionario que privó en México en 1910, producto del descontento social que existía por una población que representaba el setenta por ciento de los habitantes del país, en su mayoría campesinos²²⁴.

La inquietud social y política se vio incontenible, ya que existía el sector campesino permanecía estancado en la miseria y una condición social en la cual prevalecía la dictadura de los jefes políticos.

Por lo que años después, se vio cristalizado el sentir de muchos mexicanos con la declaración de derechos sociales, con motivo de la Constitución de 1917, dio origen al derecho agrario y del derecho del trabajo, motivo del proceso post-revolucionario.

El 15 de julio de 1914, cuando el general Victoriano Huerta abandona el poder, inmediatamente se comienza a legislar en materia laboral, producto del interés de los jefes revolucionarios por que se tuviera una legislación de esta naturaleza.

En ese mismo año tenemos, que este movimiento legislativo tuvo mayor impacto en los Estados de Jalisco y Veracruz; en este último el 4 de octubre de 1914 se impuso el descanso semanal en el Estado de Veracruz y el día 19 de ese mismo mes y año el Gobernador Cándido Aguilar expidió la Ley del Trabajo del Estado, misma que se adoptó con posterioridad en el Estado de Jalisco, y en la que se establecía que las escuelas primarias fueran sostenidas por los empresarios, se preveía la inspección del trabajo y la reorganización de la justicia obrera²²⁵.

²²⁴ Idem. Cabe señalar, acota el autor "que para el día 5 de octubre de 1910, Francisco I. Madero expidió el Plan de San Luis, desconociendo el régimen porfirista y convocando al pueblo al restablecimiento de la Constitución y a la introducción del principio de no reelección. El 19 de febrero de 1913, la legislatura del Estado de Coahuila y el gobernador Venustiano Carranza negaron la legitimidad del usurpador e invitaron a las entidades federativas a luchar por sus derechos. El plan de Guadalupe condensó los propósitos de la lucha por el restablecimiento de la vigencia de la Constitución violada; en él, el ejército del pueblo se llamó constitucionalista, nombre con el que se conoció después al movimiento revolucionario. De él nacieron la nueva Constitución de 1917, la Declaración de derechos sociales de la historia y el derecho mexicano del trabajo".

²²⁵ Ibidem, p. 45. Indica el autor que "un año después se promulgó en esta Entidad Federativa la primera ley de asociaciones profesionales de la República".

Dispuso, el salario mínimo de un peso, además se contiene, un capítulo sobre previsión social, en el que se obliga a los patrones a indemnizar a sus obreros por los accidentes de trabajo.

La misma normatividad disponía que el trabajador tuviera derecho a reclamar la totalidad de su salario durante toda la vida. La justicia obrera se separó de la civil, conociendo de las demandas de los trabajadores contra sus patrones las juntas de administración civil, como se llamaron los tribunales encargados de administrarles justicia.

En cambio en Jalisco, el Gobernador Manuel M. Diéguez expidió un decreto sobre jornada de trabajo, descanso semanal y obligatorio y vacaciones; el 7 de octubre, el Gobernador en turno Aguirre Berlanga publicó un decreto laboral, el cual es superado por el de 28 de diciembre de 1915, en el que se fija una jornada de trabajo de nueve horas, prohibición de los menores de nueve años para trabajar, salarios mínimos en el campo y en la ciudad, protección del salario, reglamentación del trabajo a destajo, aceptación de la teoría del riesgo profesional y creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

En esa misma experiencia estatal, en el año de 1915, el Gobernador Salvador Alvarado se propuso reformar el orden social y económico del Estado de Yucatán, a cuyo efecto expidió distintas cinco leyes sobre materia agraria, hacendaria, catastral, municipal y laboral²²⁶.

La ley laboral del Estado de Yucatán, establece las bases del derecho individual del trabajo; jornada máxima, descanso semanal, salario mínimo y defensa de las retribuciones. Contemplándose las normas para el trabajo de mujeres y de los

²²⁶ Ibidem, p. 46. Precisa el autor "que la Ley del Trabajo reconoció y declaró algunos principios básicos que más tarde integrarían el Artículo 123 de la Constitución Federal, como que el derecho del trabajo esta destinado a dar satisfacción a los derechos de una clase social; el trabajo no puede ser considerado como una mercancía; las normas contenidas en la Ley sirven para facilitar la acción de los trabajadores organizados en su defensa contra los empresarios; las normas legales contienen únicamente los beneficios mínimos de que deben disfrutar los trabajadores y se desarrollarán y completarán en los contratos colectivos y en los laudos del tribunal de arbitraje. La ley reglamentó las instituciones colectivas: asociaciones, contratos colectivos y huelgas".

menores de edad, así como las reglas sobre higiene y seguridad en las fábricas y las prevenciones sobre riesgos de trabajo.

La Ley obrera de ese Estado creó las Juntas de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje encargados del conocimiento y solución de los conflictos que se suscitaran entre trabajadores y patrones individuales o colectivos. Mediante los fallos emitidos por el tribunal arbitral se fue formando en Yucatán la legislación sobre el trabajo. Esta respondió a la idea de que debía existir un mínimo de garantías sociales para los trabajadores.

Lo anterior se derivó en que la legislación de Yucatán fuera en aquél entonces la más perfecta, no en cuanto a su relación, sino más bien en cuanto al alcance de sus preceptos.

Se presenta por tercera ocasión, después de la guerra de Independencia y de la Revolución Liberal, lo que vendría a ser la Primera Revolución Social del siglo XX²²⁷. A finales de 1914 y principios de 1915 se desarrolla una de las páginas más trágicas del movimiento obrero. En 1914 Emiliano Zapata y Francisco Villa entraron a la capital con todos sus ejércitos obligando a Venustiano Carranza a huir rumbo a Veracruz.

Las fuerzas de Zapata y Villa habían tomado el poder, sin embargo ante la falta de una alternativa a este sistema y un programa que englobara todas las reivindicaciones de la clase obrera se dispuso una oportunidad para legislar en materia laboral, en beneficio de la clase trabajadora. Obregón y Carranza no tardaron en entrar nuevamente a la ciudad y recuperara el poder.

Venustiano Carranza tuvo el propósito de que se implantaran garantías sociales en materia de trabajo. Sin embargo, el Proyecto de Reforma a la

²²⁷ Ibidem, p. 698. De la Cueva indica que "dicho movimiento consistió en poner fin a la Dictadura gubernamental, tanto a la del General Díaz, como a la de la burguesía y del grupo llamado de los "científicos", quienes acaparaban los beneficios gubernamentales, explotando cada vez más al pueblo".

Constitución de 1857, que envió al Congreso de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, no contenía preceptos que las instituyeran²²⁸.

En diciembre de 1916, los congresos locales de Yucatán y Veracruz presentaron dos iniciativas de reforma al artículo quinto del proyecto de la Constitución Federal, que señalaba que los contratos de trabajo serían obligatorios por un año²²⁹.

A la postre, triunfó la idea de desprender del capítulo “Garantías Individuales”, las normas referentes a las mencionadas garantías sociales, las que sistematizadas y coordinadas se agruparon en un nuevo capítulo que se designó con el título “Del Trabajo y de la Prevención Social”, integrando el Artículo 123 de la Ley Fundamental de 1917.

La idea del derecho constitucional del trabajo como los nuevos derechos de la persona obrera proviene del asambleísta constituyente Alfonso Cravioto quien expresó por la necesidad de que se consignara en la nueva Constitución con los derechos de los obreros.

Después de airadas discusiones, finalmente la Comisión encargada de dictaminar sobre la materia laboral, conservó la mayor parte del texto original del proyecto de reforma al artículo quinto de la Constitución de 1857, modificándose varias disposiciones, pero adicionando otras y se propusieron algunas fracciones nuevas. Por tanto, después de una breve discusión, el Artículo 123 de la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue aprobado el 23 de enero de 1917.

²²⁸ Ibidem, p. 47. Refiere Mario de la Cueva que “según las crónicas de la época, el proyecto de Constitución produjo una profunda decepción en la Asamblea Constituyente, pues ninguna de las grandes reformas sociales quedó debidamente asegurada: el artículo remitía la reforma agraria a la legislación ordinaria y la fracción X del artículo 73 se limitaba a autorizar al poder legislativo para regular la materia del trabajo”.

²²⁹ Ibidem, p. 48. Señala que “la comisión encargada para dictaminar sobre el proyecto del artículo quinto incluyó en él el principio de la jornada máxima de ocho horas, prohibió el trabajo nocturno industrial de las mujeres y de los niños y consigné el descanso hebdomadario”.

2.3. Naturaleza de la garantía social

De los antecedentes históricos que se expusieron en los párrafos precedentes, se advierte que determinadas clases sociales, colocadas en una deplorable situación económica, exigieron del Estado la adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase patronal.

Por ende, al crearse dichas medidas por el Estado mediante conductos normativos, al establecer las garantías sociales, que es como jurídicamente se denomina a estos medios tutelares, se formó una relación de derecho entre los grupos sociales favoreció y protegió y a aquellos frente a quienes se implantó la tutela.

En vista de esta circunstancia, los sujetos del vínculo jurídico en que se traducen las garantías sociales, son, por un lado, las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y, en general, los grupos colocados en situación precaria.

De esta forma, tenemos los siguientes elementos de esta específica relación jurídica:

a) Sujeto. Los sujetos de la relación jurídica en que se traduce la garantía social están constituidos, desde el punto de vista activo, por las clases sociales desvalidas, esto es, carentes de los medios de producción. En una palabra, por la clase trabajadora, es decir, por aquella parte que en el proceso productivo tiene injerencia a través de su energía personal o trabajo.

b) La garantía social no sólo consta de estos sujetos genéricos y sociales, sino que también existe entre individuos particulares, considerados éstos como miembros pertenecientes a dos clases la obrera y la patronal. Así la garantía social se concibe como una relación jurídica entre dos grupos sociales y económicos distintos: el trabajador y el capitalista.

c) Elemento Objetivo. La garantía social implica la existencia de derechos y obligaciones para los sujetos. Dada la naturaleza de la garantía social, que consiste en que ésta es una medida jurídica de preservación de la clase trabajadora, en general, y de los trabajadores en particular, los derechos que de la relación jurídica respectiva se derivan se originan a favor de los mencionados sujetos activos.

d) Principios constitucionales de las garantías sociales. Estando consagradas las garantías sociales en la Ley Fundamental, esto es, formando parte del contexto de ésta, participan también de los principios constitucionales de supremacía y rigidez²³⁰.

e) Situación y función de Estado en relación con las garantías sociales. Implican una relación jurídica entre dos clases sociales distintas desde un punto de vista económico, o entre dos o más sujetos individuales particularmente.

Traduciéndose las garantías sociales en una relación jurídica entre dos sujetos que, respecto del Estado y sus autoridades, están colocados en una situación de gobernados, éste y éstas intervienen en dicha relación como reguladores, ejerciendo un poder de imperio.

Ante las garantías sociales y frente a los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, el Estado, por conducto de las autoridades que al efecto establece, la ley, vela por el cumplimiento de todas las modalidades jurídicas y económicas de la relación de derecho en que se ostentan las prerrogativas sociales.

Estas injerencias por parte del Estado implican la radical eliminación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación, en el sentido de que las autoridades estatales, en el ejercicio del poder imperativo, evita que se

²³⁰ Implica que la supremacía estriba en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Ley Suprema del País y no existe ninguna otra ley que este por encima de ella; la rigidez, se contempla en bajo el concepto de inflexibilidad, esto es, que la constitución es de orden general y de observancia obligatoria por parte de los gobernados.

formen vínculos de derecho que impliquen una reducción o un menoscabo de los derechos que para la clase trabajadora en general.

Tales principios subsisten en cuanto a la creación de vínculos jurídicos específicos entre los sujetos de la garantía social que no sólo no signifiquen una reducción o menoscabo a los derechos u obligaciones que de ésta surgen respectivamente para el obrero y el patrón, sino un mejoramiento de las condiciones de aquél.

En caso de que los aludidos vínculos jurídicos específicos ya se hubieren entablado con las consecuencias, primeramente señaladas, el Estado interviene nulificándolos o anulándolos, evitando que produzcan efectos de derecho, cuando se celebran contratos de trabajo con violación del Artículo 123 Constitucional en sus diversas fracciones²³¹.

La garantía individual implica una relación de derecho entre dos sujetos que son, del lado activo, los gobernados, y en el aspecto pasivo, el Estado y sus autoridades.

Por el contrario, la garantía social se traduce en un vínculo jurídico existente entre dos clases sociales económicamente diferentes desde un punto de vista general e indeterminado, o entre individuos particulares y determinados a las clases obreras y patronales.

En lo que respecta a las garantías sociales, el Estado tiene una injerencia en las relaciones existentes entre sus sujetos como regulador oficioso e imperativo de

²³¹ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 707. Debo señalar que este conjunto de facultades impeditivas o preventivas (en cuanto a la formación de relaciones específicas entre los sujetos de la garantía social que impliquen un menoscabo a los derechos y obligaciones legales de los mismos en sus respectivos casos), sancionadoras (por lo que atañe a la nulidad de pleno derecho de dichas relaciones en el caso en que ya se hubiesen creado), y fiscalizadoras (por lo que respecta a la inspección de las citadas relaciones específicas con el objeto de constatar si se ajustan o no a los términos de la ley que consagra las garantías sociales y sus variadísimas derivaciones), es lo que constituye la situación general que el Estado guarda frente a las garantías sociales, de intervencionismo estatal.

las mismas. De esa forma el Estado ni sus autoridades son los principales y directos obligados o sujetos pasivos, como sucede con las garantías individuales.

Las garantías individuales persiguen, como objetivo, proteger al sujeto como gobernado frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los desmanes de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal soberana; la titularidad de las garantías individuales se hace extensiva a todo individuo, a toda persona, independientemente de sus condiciones peculiares.

Por su parte, las garantías sociales nacieron a título de medida jurídica para preservar a una clase social económicamente inferior y a sus componentes particulares, ya no frente al Estado y sus autoridades como obligados directos, sino ante otra clase social más pudiente, materialmente hablando, y sus miembros singulares.

La titularidad de las garantías sociales es mucho más restringida que la que corresponde a las garantías individuales, puesto que se circunscribe a una clase social y a sus miembros determinados y particulares, que estén colocando en una cierta situación jurídica y económica.

Las garantías individuales y las sociales no se contradicen; son, más bien, compatibles en cuanto a su existencia simultánea, debido a que entrañan figuras jurídicas distintas.

Las garantías individuales y las sociales no sólo no se excluyen, sino que en cierta forma las segundas vienen a reafirmar a las primeras, desde el momento en que hacen efectivas la libertad y la igualdad en las relaciones jurídicas que se entablan entre los miembros de las dos clases sociales económicas diferentes.

2.4. La Ley Federal del Trabajo de 1931

La Ley Federal del Trabajo de 1931 fue expedida el 18 de agosto del mismo año, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de ese mes, tal normativa se desprende del Artículo 123 de la Constitución de 1917.

El 28 de agosto de 1931 todas las leyes laborales de México quedaron restringidas a una sola ley federal: la Ley Federal del Trabajo. Desde 1924, Álvaro Obregón había auspiciado un código laboral federal con el propósito de que el Congreso pudiera legislar sobre los trabajadores, esto se logró hasta 1929, cuando se modificó la Constitución para lograr lo antes dicho.

El ambiente mundial que se registraba en aquel momento era de convulsión, después de que Estados Unidos entró en una crisis económica y alcanzó la depresión mas grande de su historia, la desestabilización se extendió país tras país, México no fue la excepción; el desempleo y la miseria crecieron de manera alarmente.

El gobierno se vio obligado a tomar medidas para mantener a los trabajadores tranquilos y, al mismo tiempo, mantener una política de austeridad. En ese marco las luchas que se desataron tomaron tintes abiertamente revolucionarios.

Los gobernantes ya veían las convulsiones que se avecinaban, la fundación del Partido Nacional Revolucionario en 1929 (PNR) era una muestra de la táctica que pretendía establecer un mecanismo de coparticipación en el poder de las diversas facciones burguesas y al mismo tiempo establecer un control directo del movimiento de masas que constantemente se les iba de las manos.

En este ambiente el Presidente Plutarco Elías Calles (quien se erigía como jefe máximo de la Revolución) tenía claro en aquel momento que, para enfrentar los embates de la crisis a nivel mundial, tenía que institucionalizar las luchas de los

trabajadoras y así poder controlarlas o reprimirlas, sin que ello significara una fractura del poder.

A finales de la década de los treinta, el gobierno del Presidente Emilio Portes Gil llevó a cabo la reforma de los artículos 73, fracción X y 123 de la Constitución, indispensable para federalizar la expedición de la Ley del Trabajo. Antes de enviar la iniciativa de reforma constitucional, la Secretaría de Gobernación convocó a una asamblea obrero patronal, misma que se reunió en la ciudad de México el 15 de noviembre de 1928 y le presentó para su estudio un proyecto de código federal del trabajo²³².

El 6 de septiembre de 1929 se publicó la reforma constitucional, sin embargo, inmediatamente el Presidente Portes Gil envió al Poder Legislativo el proyecto del código federal del trabajo con las debidas correcciones que se habían realizado.

Sin embargo se presentó ante una fuerte oposición en las cámaras y en las organizaciones obreras, por que establecía el principio de la sindicalización única para las empresas, y porque se consignó la tesis del arbitraje obligatorio de las huelgas.

Es por ello que las organizaciones obreras principalmente se oponían a su federalización, por lo que consideraban que dicho Código laboral aparecía con tales intenciones manipuladoras y corporativas. Por esta razón las diferentes organizaciones de trabajadores tuvieron una postura de oposición férrea en contra de dicha código, por tanto rechazaban el registro de los sindicatos al gobierno, así como de dar cuentas al gobierno de sus miembros, finanzas, locales.

Se oponían a que esta ley fomentara un perfil de organización sindical que recogiera todos los principios de una organización mutualista, concertadora y no un instrumento de lucha y defensa del obrero como clase.

²³² Ibidem, p. 54. Precisa de la Cueva que “debemos recordar que este documento, publicado por la CTM con las observaciones de los empresarios, es el primer antecedente concreto de la Ley de 1931”.

Asimismo, no estaban de acuerdo en que los contratos colectivos se tuviesen que hacer por escrito a únicamente sindicatos legales (registrados en el gobierno), de igual forma a los cierres patronales de una empresa, así como al derecho del patrón a despedir injustificadamente.

Consideraban que no era correcto que el empresario tuviera la posibilidad para efectuar paros de labores cuando tuviera suficiente producción en sus almacenes (paros técnicos por sobreproducción), y la limitación al derecho de huelga, la cual sería legal o no según el conviniera al Estado.

Por último, tener que conciliar con el Estado en conflictos de trabajo y que se evitara la cláusula de exclusión, así como que se fijaran salarios mínimos (más bajos que los que se ganaban realmente).

Estas “eran varias de las causas que provocaron la oposición de organizaciones sindicales que impidieron por la presión de las bases, que se concretaran (como la de la CROM). Otra de estas organizaciones era la Confederación General de los Trabajadores, surgida en 1921 de una alianza de entre algunos comunistas y anarquistas, que pronto se disolvió y quedó bajo el control anarquista”²³³.

Dos años más tarde la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, redactó un nuevo proyecto, en el que intervino de forma principal el Licenciado Eduardo Suárez, y al que ya no se le dio el nombre de Código, sino de Ley.

²³³ Bazdresch, Luis, *Garantías Constitucionales, Curso Introductorio*, Trillas, México, 2000, p. 171. Indica el autor que “por tal motivo, nos explica el autor que se presentaron situaciones que hicieron de las organizaciones obreras botín de mercenarios políticos que hacían gala de discursos demagógicos, de tal es el caso de Rosendo Salazar un dirigente anarquista de la CGT decía: El movimiento obrero no tendrá ya la fuerza ni el alcance que tuvo en sus momentos de mayor vida, pues por obra y gracia de la ley se convierte en una cuestión legal, un asunto jurídico. El sindicato para poder tratar, habrá de ser reconocido y sus estatutos y decisiones serán revisados por los tribunales del trabajo. El sindicato será un tirano, cuando la cláusula de exclusión sea utilizada en todo su alcance, pues el sindicalizado no podrá alzar su voz hacia los líderes. Todo se arreglará burocráticamente, por consigna, por cohecho, por timidez o por servilismo. Para que el movimiento obrero no se ahogue en esta laguna de desilusiones, buscará una tabla para asirse y ella será la política burguesa con el nombre de revolucionario”.

Dicho proyecto se discutió en el consejo de ministros y remitido al Congreso de la Unión, donde fue ampliamente debatido; y previo a varias modificaciones, fue aprobado y promulgado el día 18 de Agosto de 1931²³⁴.

2.5. Nacimiento de las autoridades laborales

El movimiento social iniciado en 1910 exigió el establecimiento de disposiciones de alto contenido social, ante ello, el Artículo 123 Constitucional estableció las Juntas de Conciliación y Arbitraje, de integración tripartita, para el conocimiento y solución de los conflictos del trabajo.

Al respecto Moguel sentenció que “si entendemos que la realidad provocó la necesaria formación de los tribunales del trabajo en los que para resolver los conflictos se hacia menester la representación e intervención de los factores en pugna, entenderemos el nacimiento de los tribunales del trabajo”²³⁵.

Por lo que hace a la denominación que se ha dado a los tribunales del trabajo, encontramos que juntas implica reunión, por ende, se trata de un órgano colegiado, reuniéndose los representantes de los factores en conflicto. Ante ello, de conciliación y arbitraje, por que el proceso laboral abarca esos dos períodos: el de conciliación, que busca avenir a las partes para que se llegue a un acuerdo respecto a un conflicto planteado, constituyendo un medio de evitar el juicio. Arbitraje, porque fracasada la conciliación, el conflicto debe resolverse, por lo que las juntas están facultadas para conocer y resolver los conflictos dentro de un juicio²³⁶.

Ante su nacimiento las juntas desarrollaron su función en la competencia local y federal, ésta última nació de la necesidad práctica, pues numerosos conflictos de trabajo afectaban directamente a la economía nacional y otros no podían ser

²³⁴De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit, p. 52. Es importante resaltar la exposición de motivos de la Ley de de 1970, la cual hace un reconocimiento a los autores de la Ley de 1931, ya que ésta ha sido uno de los medios que han apoyado el progreso de la economía nacional y la elevación de las condiciones de vida de los trabajadores.

²³⁵Ramírez Moguel, Leonor, *Los Tribunales del Trabajo*, Porrúa, México, 1980, p. 30-31. Agrega esta autora “que el sector obrero reclamó su intervención, su participación directa en la administración de justicia y como factor antagónico, los patrones intervinieron en esa administración. Por eso resultó necesaria la creación de los tribunales del trabajo, integrados en forma tripartita: representantes de trabajadores, de patrones y del gobierno”.

²³⁶Dávalos José, *Derecho Colectivo y Derecho Procesal del Trabajo*, segunda edición, Porrúa, México, 2004. p. 89-90.

resueltos por las juntas de los Estados, por que trascendían los límites de su jurisdicción²³⁷.

Así, el 28 de abril de 1926, la Secretaria de Industria giró una circular, en la que previno a los gobernadores de los Estados, respecto a que los conflictos ferrocarrileros serían resueltos en el Departamento del Trabajo²³⁸.

De la misma forma, precisa De la Cueva que “el 5 de marzo de 1927, emitió nueva circular en la que señaló que el Artículo 27 Constitucional declaraba de jurisdicción federal a la industria minera; Así el 18 de marzo de 1927, giró un tercer circular explicando que los empresarios y trabajadores de la industria textil habían celebrado un contrato-ley”²³⁹.

La situación creada por las circulares obligó al Poder Ejecutivo a expedir, el 27 de septiembre de 1927, un decreto creador de las Juntas Federales de Conciliación y de la de Conciliación y Arbitraje, decreto que se declaró reglamentario de las leyes de ferrocarriles, petróleos y minería, que hacían imposible la intervención de las autoridades locales²⁴⁰.

2.5.1. La federalización de la legislación laboral

La idea central del Derecho del Trabajo, es procurar la defensa de la persona humana que entrega a la sociedad su energía para que se construya la civilización y la cultura; es una conquista de la historia que tiene una pretensión de eternidad. Por ello, es evidente que sus formas y medios de realización cambien por la

²³⁷ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit, p. 52. Precisa el autor que “cabe explicar este aspecto en el sentido de que se presentaban conflictos que extendían a dos o más Estados, y que implicaba que ninguno de éstos podía intervenir, por que sus decisiones carecían de eficacia de eficacia fuera de sus fronteras”.

²³⁸ Idem.

²³⁹ Idem. Indica de la Cueva que los contratos-ley puede referirse a industrias de jurisdicción federal o local y son convenios que se celebran entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias entidades federativas o zonas económicas.

²⁴⁰ Idem. Precisa De La Cueva que “seis días después se expidieron el Reglamento de Organización y Funcionamiento de dichas Juntas. La legalidad del decreto fue combatida y el debate en cuestión no fue clausurado si no al elevarse a la misma jerarquía federal que la Ley del Trabajo y distribirse las competencias entre las Juntas federales y Locales, lo cual ocurrió al ser reformados en 1929 el Artículo 73, fracción X, y el Artículo 123, fracción XXXI Constitucionales”.

transformación social y económica. Así ocurrió con el carácter primigenio local de la Legislación del Trabajo²⁴¹.

Entre los argumentos empleados para federalizar la legislación laboral, el Gobierno Federal sostuvo, con justificación, que el Artículo 27 de la Carta Magna había reivindicado para la Nación el dominio sobre los productos del subsuelo, atribución que exigía a todos los asuntos que pudieran afectarlos se estudiaran y resolvieran por las autoridades nacionales, léase federales.

Asimismo, algunos conflictos colectivos y huelgas se extendían a dos o más entidades federativas, ninguna de las cuales podía intervenir, en virtud de que sus decisiones carecían de eficacia fuera de sus fronteras.

En este contexto, el poder Judicial de la Federación, propuso una solución bastante original, la cual establecía que la Ley del Trabajo sería unitaria y se expediría por el Congreso Federal, pero la aplicación seguía correspondiendo tanto a las autoridades locales como a las federales, de acuerdo a la distribución de competencias incluida en la misma²⁴².

Hay que indicar, además, que el texto original del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya otorgaba a las legislaturas de los Estados la facultad de dictar las leyes reglamentarias del mismo.

En tal virtud, a partir de 1917, cada una de las entidades federativas promulgó leyes del trabajo, las cuales se ajustaron, con mayor o menor éxito a los preceptos constitucionales.

En pocos años floreció la legislación del trabajo en cada Estado, sin embargo, la multitud de problemas creados por la aplicación de las leyes locales, determinaron la necesidad de una codificación unitaria de la legislación laboral.

²⁴¹ Ibidem, p. 53.

²⁴² Idem. Por lo tanto, se abrió el camino para la expedición de una Ley Federal del Trabajo aplicable en toda la República.

Así, el primer paso fue la creación de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje por Decreto del Ejecutivo Federal, el 22 de septiembre de 1927. Dos años después fueron reformados los Artículos 73 y 123 de la Constitución cuyo nuevo texto da facultad exclusiva al Congreso de la Unión para legislar en materia de trabajo.

2.5.2. La nueva ley laboral de 1970 y sus reformas

Como es sabido, el artículo 123 de la Constitución es un catálogo de derechos mínimos de la clase obrera susceptibles de ser ampliados por la legislación ordinaria a través de la contratación individual o colectiva.

El propósito del Constituyente fue señalar las bases para una reglamentación posterior, dentro de la armonía entre los factores de la producción y el equilibrio entre el capital y el trabajo.

La Ley del Trabajo es el punto de partida para el desarrollo de los principios de justicia social que brotan del propio Artículo 123 Constitucional, su consulta, su discusión pública con las fuerzas activas de la vida nacional, trabajadores, patronos y sindicatos, escuelas de derecho e institutos jurídicos, económicos, autoridades del trabajo. En esa tesitura de mejorar la legislación laboral, el Presidente Díaz Ordaz designa una comisión en 1967, con él propósito de preparar un proyecto de la nueva ley laboral que fue concluido un año después.

Señala Burgoa que al “finalizar las reuniones con los representantes de los trabajadores y de los empresarios, los diputados y los senadores, invitaron a la comisión redactora del proyecto a un cambio de impresiones. Los miembros del poder legislativo habían estudiado cuidadosamente la iniciativa, la cual no sufrió ninguna modificación en sus principios, instituciones y normas fundamentales”²⁴³.

²⁴³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías...*, op. cit., p. 691. Fue entonces cuando el titular el Poder Ejecutivo decidió que se enviaría una copia de la que se llama anteproyecto a todos los sectores interesados para que expresaran su opinión y formularan las observaciones que juzgasen convenientes.

Se llega a la conclusión de que si bien se logró una armonía mayor entre diversos preceptos y la precisión de algunos conceptos. Así, a ejemplo, en la definición de salario, configurándose una interpretación más justa conforme Derecho Social²⁴⁴.

En 1970, surge la llamada "Nueva Ley Federal del Trabajo". A cargo de su elaboración estuvo una Comisión designada por la Secretaría del Trabajo, la cual fue presentada al Congreso como una iniciativa presidencial.

Sin embargo, esta "nueva LFT" se caracterizó por la igualdad de términos a la de 1931, sus bases se mantienen casi idénticas. De lo más rescatable que se puede encontrar en los cambios es la incorporación de la reglamentación del derecho constitucional a la vivienda, que da como resultado la creación del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda (Infonavit).

Así mismo, tenemos la federalización de la justicia del trabajo, a fin de evitar la influencia política y económica de los gobiernos y de los empresarios de los Estados, la que se hacía sentir ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sin embargo, esto último no ocurrió, en virtud de que se tendrían que haber hecho reformas a la Constitución Mexicana.

Los autores de la Ley de 1970 se propusieron formular una Ley nueva que correspondiera a las transformaciones sociales y económicas que se operaron en nuestro país después de 1931.

Sin embargo, percibieron que los cambios de la realidad mexicana se precipitaban con una velocidad que necesariamente provocaría constantes reformas

²⁴⁴ En los años sesenta se realizó uno de los cambios más notables a la Ley Federal del Trabajo, pues se introdujo el Apartado B del Artículo 123 Constitucional. Este Apartado es el relativo a las normas laborales para los trabajadores del Estado. Estos cambios afianzan el control de los trabajadores con respecto al gobierno, y crean un enorme aparato burocrático: la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (FSTSE). El apartado B determinó que los trabajadores sólo se podían organizar dentro de esta federación; que el Estado estaba en capacidad de poder aplicar la requisa. Se podía distinguir que a partir de algunas mejoras que el Estado concedía, la intención era, controlar mucho mejor a los trabajadores de ese sector para evitar las huelgas.

legales y constitucionales; esto es, que “la ley laboral tendría que adecuarse permanentemente a la transformación de la vida humana”²⁴⁵.

Así, en el año de 1973 se reformó la ley, con el propósito de crear principios e instituciones defensoras del poder adquisitivo del salario. Con las reformas ya no es solamente un estatuto regulador de las relaciones entre trabajadores y patrones.

Por el contrario, penetra definitivamente en la economía nacional para facilitar a los obreros y a sus familias la adquisición de los artículos de consumo necesario y conveniente a precios reducidos y el otorgamiento de créditos a intereses moderados²⁴⁶.

Debido a la influencia creciente de la mujer en la vida nacional e internacional, determina el poder ejecutivo en el año de 1953 a dirigirse al poder revisor de la constitución proponiendo la reforma del artículo 34 constitucional, a efecto de otorgar a las mujeres la categoría de ciudadano y el ejercicio de los derechos políticos²⁴⁷.

En el año de 1974 se lleva a cabo una primera reforma a efecto de que la mujer goce de los mismos derechos que el hombre, tal como se consignó en el artículo cuarto de la Constitución, es decir, la igualdad plena del hombre y de la mujer en el trabajo, y como consecuencia de ella las modificaciones necesarias en el Código Civil, en la Ley de Población, en la de Nacionalidad y por supuesto, en la Ley del Trabajo.

En específico, las únicas normas particulares para el trabajo de las mujeres “subsisten en la legislación laboral y se realizan con la defensa de la maternidad”²⁴⁸.

Asimismo, “en los años de 1975 y 1978, por virtud de la importancia y trascendencia económica alcanzada por algunas ramas de actividad industrial, por

²⁴⁵ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 50.

²⁴⁶ voz, “Ley Federal del Trabajo”, *Diccionario Jurídico...*, p. 350.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 62.

tanto, mediante Decreto de 4 de febrero de 1975, publicado en el Diario Oficial de la Federación se adicionó la fracción XXXI del apartado A del artículo 123, lo que automáticamente aumento la competencia de las autoridades federales²⁴⁹.

En el mismo año de 1978, se adiciona con un primer párrafo el artículo 123 constitucional, para establecer como nuevo derecho social el que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil²⁵⁰.

En la década de los ochenta en todo el mundo comienza un proceso de apertura de mercados nacionales, especialmente para los países dependientes, esta apertura representa más actividad comercial y desde luego mayor mano de obra barata. Ante este nuevo escenario comercial, se analiza la necesidad de reformar la ley laboral en el aspecto procesal con el fin de dar seguridad jurídica a los trabajadores.

Por lo que las principales reformas a la Ley laboral en esta década y que consideramos las más importantes, ya que atañen al aspecto procesal, se dieron el 4 de enero de 1980 y vigentes a partir del 1º de mayo de ese mismo año, estableciéndose un marco jurídico adjetivo innovador en beneficio de los trabajadores, como fue el caso de la suplencia en las deficiencias de la demanda de los trabajadores y su correspondiente prevención por parte de las Juntas²⁵¹.

²⁴⁹ Dicha adición implica en que se define que la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero será de competencia exclusiva de las autoridades federales en síntesis, los asuntos relativos a las ramas industriales textil, eléctrica, cinematográfica, huleira, azucarera, minera, metalúrgica, hidrocarburos, petroquímica, cementera, automotriz, papelera, productora de alimentos, ferrocarrilera, tabacalera, bancarios y empresas administradas en forma directa descentralizada por el gobierno federal o actúen o ejecuten trabajos en virtud de un contrato o concesión federal

²⁵⁰ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 62. Es importante resaltar que las últimas reformas a la Ley Federal del Trabajo, datan del año de 1980, donde se efectuaron el mayor número de reformas a los artículos originales de la ley del trabajo, modificándose en su integridad los Títulos Catorce, Quince y Dieciséis; y por citar como ejemplo se adicionó el artículo 47, que contiene el polémico aviso de rescisión; por tal motivo la lucha obrera no ha sido en vano, pero al evolucionar la sociedad se requiere que el marco legal se actualice y modernice a la par de las necesidades presentes y futuras.

²⁵¹ Ley Federal del Trabajo, artículos 685 y 873. El primero establece en su segundo párrafo que cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto no contenga todas las prestaciones de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la junta, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea obscura o vaga se proceda en los términos del artículo 873 de dicha ley. El segundo artículo señala en su segundo párrafo que cuando el actor sea el trabajador o sus beneficiarios, la junta, en caso de que notare alguna irregularidad en el escrito de demanda, o que estuviere ejercitando acciones contradictorias, al admitir la demanda le señalará los defectos u omisiones en que haya incurrido y lo prevendrá para que las subsane dentro de un término de tres días.

Así mismo, con motivo a estas reformas, se elimina el principio de derecho que establece que el que afirma esta obligado a probar, en tratándose de los trabajadores²⁵².

Sin embargo, después de estas últimas reformas laborales, en México se vive un proceso de privatizaciones que arranca, con el periodo presidencial de Miguel de la Madrid, marca una de las condiciones fundamentales para que buscar reformar la Ley Federal del Trabajo.

A inicios de 1986, la Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX), plantea la modificación a la legislación laboral. Argumentando que su objetivo fundamental era el impulsar la recuperación de la economía y la confianza de la inversión.

Si bien en su momento no tuvo un eco importante, sirvió de base para la discusión del anteproyecto de una Nueva Ley Federal del Trabajo, presentada en junio de 1989 a una comisión para la reforma impulsada por Carlos Salinas de Gortari.

Estas reformas iban encaminadas exclusivamente al sector productivo, y se proponía que se pudiese llegar a un acuerdo a partir de la coordinación del gobierno, tal como ha sido propuesto por el actual Presidente de la República, Lic. Vicente Fox.

Las tesis fundamentales de esta propuesta tienden a flexibilizar la normatividad de las relaciones individuales de trabajo y propiciar la utilización de

²⁵² Ley Federal del Trabajo, artículo 784, que establece que la junta eximirá de la carga de prueba al trabajador, cuando por otros medios se esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo a las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia: I. sobre fecha de ingreso del trabajador; II. Antigüedad del trabajador; III. Faltas de asistencia del trabajador; IV. Causa de rescisión de la relación de trabajo; V. Terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado; VI. Constancia de haber dado de aviso por escrito al trabajador de la fecha y causa de su despido; VII. El contrato de trabajo; VIII. Duración de la jornada de trabajo; IX. Pagos de días de descanso y obligatorios; X. Disfrute y pago de vacaciones; XI. Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad; Monto y pago del salario; XII. Pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; y, XIV. Incorporación y aportación al Fondo Nacional de la Vivienda.

servicios de trabajadores en actividades múltiples, independientemente del puesto asignado²⁵³.

De igual forma se propone reducir o ampliar por convenio entre las partes la jornada diaria, así como la inherente a turno, puesto, descanso y horarios. Permitir que las partes establezcan libremente la duración de los contratos individuales de trabajo²⁵⁴.

Se pretende modernizar las relaciones de trabajo y sus formas de terminación, bajo un esquema que reforme el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo; esto se lograría si se llegara también a flexibilizar el principio de estabilidad en el empleo, “concediendo a trabajadores y empresas la facultad de negociar los retiros en un marco de franca libertad y de concertación entre las partes”²⁵⁵.

Reducir a dos faltas injustificadas en un periodo de 30 días, las causas de rescisión del contrato individual de trabajo, estableciéndose indemnizaciones razonables por la terminación (por cualquier causa) del contrato de trabajo.

Señala la propuesta que estas reformas propiciarían responder a la generación de empleos en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, a las que además se le permitiría, en base a las reformas a la ley del IMSS e INFONAVIT, modificar los sistemas de pagos e indemnizaciones, haciéndolas congruentes con la capacidad de la empresa. Además permitiría al sector patronal establecer bases que eleven productivamente el nivel de vida de los trabajadores, pero en base al principio de remuneración en base al trabajo efectivamente realizado, mediante el concepto de salario por hora²⁵⁶.

²⁵³ Unión Nacional de Trabajadores. México. Consultada el 19 de febrero de 2002. Disponible en web: <http://www.unt.org.mx>.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ En este año se aprobaron reformas a la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, lo que da a entender el interés de esta administración federal por lograr una reforma laboral.

Busca la propuesta actuar con equidad en el pago del salario relacionándolo a la productividad, antigüedad, servicio efectivamente prestado, resultados, asistencia y la calidad mostrada por el trabajo de cada persona.

Se piensa en el aspecto jurídico, “descentralizar la aplicación de la legislación laboral y simplificar la procuración e impartición de la justicia laboral, dándose mayor celeridad en la práctica procesal, estableciendo el principio de igualdad y el arbitraje obligatorio a solicitud de cualquiera de las partes en materia colectiva, y eliminar la ampliación de la demanda individual. Suprimir la suplencia de la queja, restringiendo las ampliaciones de demandados y regulando la conducta procesal de las partes, así como el principio de inmediatez”²⁵⁷.

En este mismo sentido, se establece que se penalicen los delitos laborales, mediante la intervención o asignación de agentes del Ministerio Público en el Tribunal Laboral, así como el que se apliquen sanciones a sindicatos, trabajadores y empresarios, cuando incurran en demandas improcedentes y en movimientos huelguísticos o paros contra la ley, a solicitud de los patrones.

Si cualquiera de las partes o sus representantes no asisten a la audiencia inicial, se les tendrá por destituidos de la acción y terminara el juicio. Eliminar las Juntas de Conciliación.

En materia colectiva se prevé unificar los procedimientos especiales y el conflicto colectivo de naturaleza económica y evitar que estos no se suspendan en su tramitación por el emplazamiento a huelga.

²⁵⁷ Unión Nacional de Trabajadores. México. Consultada el 19 de febrero de 2002. Disponible en web: <http://www.unt.org.mx>. En mi opinión es importante señalar que el principio de inmediatez es uno de los principios cardinales del procedimiento laboral plasmado en el artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo, con el cual se trata de realzar la importancia que tiene el hecho de que el juzgador laboral conozca de cerca todas las etapas del juicio laboral. Por virtud de este principio laboral los integrantes de la junta tienen la obligación de dar seguimiento al proceso laboral respecto a los conflictos laborales que deben conocer y resolver, por lo que deben estar en permanente contacto con las actuaciones procesales para que puedan resolver con pleno conocimiento del negocio, a conciencia y verdad sabida.

Eliminar las huelgas por solidaridad y aplicar análisis previos de mayoría de trabajadores, en demandas de titularidad y concluir de oficio la disputa de titularidad en caso de violencia de los trabajadores y sus representantes y limitar la intervención de sindicatos a conflictos de orden colectivo y clarificar responsabilidades para sindicatos o trabajadores, en caso de que alguna huelga llegue a ser declarada inexistente.

Señalar como requisito para acreditar la voluntad mayoritaria de los trabajadores en emplazamiento a huelga o planteamiento de titularidad el acto de asamblea del sindicato en que “aparezcan nombres de trabajadores y sus respectivas firmas”²⁵⁸.

2.6. La relación de trabajo como orden jurídico del derecho social

Después de analizado el estudio de la evolución histórica que ha tenido el derecho del trabajo, cristalizándose en una “ley acorde a las necesidades de cada época, pasemos ahora a conocer la esencia de este derecho social”²⁵⁹ que tutela los derechos elementales de los trabajadores en base al nacimiento de la relación laboral.

Debemos comenzar indicando que el Derecho del Trabajo, es un derecho de la clase trabajadora, en virtud de que dada la desigualdad que existe entre trabajador y patrón, se requiere de un marco legal que garantice los derechos mínimos de los obreros.

El Derecho del Trabajo comprende una “fuerza expansiva, toda vez que los brotes iniciales para que naciera el derecho mexicano del trabajo se dio bajo las bases de los movimientos sociales que buscaban la equidad y la justicia social”²⁶⁰.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 106. Este autor define a los derechos sociales como aquellos que se proponen entregar la tierra a quien la trabaja y asegurar a los hombres que vierten su energía de trabajo a la economía, la salud, la vida y un ingreso en el presente y en el futuro, que haga posible un vivir conforme a la naturaleza, la libertad y la dignidad humana.

²⁶⁰ Trueba Urbina, Alberto, *Ley Federal del Trabajo Comentada*, 77ª edición, Porrúa, México, 1996, p. 22. Señala el autor que justicia social implica los principios emanados del artículo 123 Constitucional, a fin de que los trabajadores obtengan beneficios nuevos en la medida que el desarrollo de la industria lo permita, así mismo el que logren la reivindicación de sus derechos.

Así mismo debemos considerar que el Derecho del Trabajo es un derecho unitario compuesto por varias partes, esto implica que el derecho laboral se compone de un estatuto unitario en el que convergen principios que proceden de un mismo fundamento que son las necesidades materiales y espirituales de la clase trabajadora y de sus miembros, cuya finalidad es gozar de los beneficios para lo cual fue creada la Ley Laboral²⁶¹.

Entendido el sustento elemental que contiene el Derecho del Trabajo y que él mismo está dirigido a la clase trabajadora, desde el momento en que se da origen a una relación laboral, surge aquí la importancia de entender su significado.

Señala De La Cueva, que la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrón por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de derechos sociales, de la Ley del Trabajo, de los Convenios Internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias²⁶².

La Relación de trabajo²⁶³ nace desde el momento en que el trabajador materialmente, llámese física o intelectualmente, o ambas, se somete a realizar el trabajo para el cual fue contratado por tanto existe un acuerdo previo de voluntades entre el trabajador y el patrón.

Cabe señalar que el hecho constitutivo de la relación es la prestación de un trabajo subordinado, y con la prestación de dicho trabajo, se desprende de este acto

²⁶¹ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 96. Establece este tratadista que "el Derecho del Trabajo son los derechos mínimos que el pueblo y el poder legislativo garantizaron a los trabajadores en la Constitución y en la Ley de Trabajo. Por tal motivo debemos considerar que el Derecho del Trabajo es un derecho inconcluso en virtud de que constantemente se presentan cambios en la sociedad que implica una estructura nueva y por lo que no se puede descuidar a la base laboral por lo que la legislación debe ir adecuándose a dichos cambios para hacer frente a los retos que la misma sociedad exige, por tal motivo debemos considerar que es protector de la clase obrera".

²⁶² Ibidem, p. 187.

²⁶³ El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo establece en su primer párrafo que se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

o causa que le da origen la realización de los efectos a que obliga a las partes y a las que tiene derecho.

2.6.1. Elementos de la relación laboral

A continuación analizaremos los elementos que componen la relación de trabajo y que son parte del concepto que se analizó en el tema que antecede y que son fundamentales para integrar dicho concepto y sin los cuales no puede existir.

Tenemos como primer elemento a los sujetos de la relación laboral al trabajador y el patrón; al trabajador lo podemos definir como la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado, de lo que se desprende de que solamente las personas físicas pueden ser sujetos de una relación laboral²⁶⁴.

Por lo que respecta al patrón, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 10 lo define como la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores²⁶⁵.

De este precepto se desprende dos aspectos muy importantes; el primero señalar qué personas o funcionarios son los que van a representar al patrón con todas las consecuencias que del caso deriven²⁶⁶.

El segundo aspecto es, que los representantes del patrón le crean obligaciones a este frente a sus trabajadores, situación que considero sumamente importante, ya que cualquier decisión que tome en lo personal algún representante,

²⁶⁴ De aquí se desprende que el trabajo es una actividad humana y que por lo tanto únicamente se puede ejercitar por personas físicas precisamente por el propio trabajador y no por conducto de un tercero.

²⁶⁵ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 187. Indica el autor que "es importante señalar cuales son las personas que representan al patrón, sobretodo tratándose de una persona moral; al respecto el artículo 11 del ordenamiento citado señala que los directores, administradores, gerentes y además personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con sus trabajadores".

²⁶⁶ Climent Beltran, Juan B., *Ley Federal del Trabajo*, Editorial Esfinge, México, 2002, p. 63. Indica el tratadista que "desde su punto de vista considera que no es necesario que la representación para efectos de regular las relaciones obrero-patronales se encuentren por escrito, ya que es suficiente que el empleado ejerza alguna o algunas de las funciones citadas en el artículo 11 de la LFT para que representen al patrón".

lo va a obligar con los trabajadores y sin que el patrón pueda desconocer tal situación.

Lo anterior, ya que solo basta que el representante ocupe uno de los puestos señalados en el artículo transcrito o que ejerza una de las funciones señaladas para que se den los efectos antes citados.

Es importante señalar que la representación del patrón no se va a dar con base en la confianza que tenga depositada en sus empleados, si no por el puesto o las funciones que se ejercen.

El segundo elemento lo conocemos como la prestación de trabajo, que implica que el empleado cede por un tiempo su trabajo para que después sea retribuido por su trabajo,²⁶⁷ por tanto, éste se encuentra a disposición de la persona que lo contrata, dando origen a la relación de trabajo.

La prestación del trabajo crea una situación jurídica objetiva que se conoce con el nombre de relación de trabajo.

El tercer elemento lo compone concepto de subordinación, el cual implica una facultad jurídica de la parte patronal en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u ordenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la fuente de trabajo, denomínese empresa; derivándose una obligación jurídica del trabajador de cumplir esas órdenes en la prestación de su trabajo.

Como cuarto elemento tenemos el salario que es la retribución a la que se compromete el patrón a pagar al trabajador por la prestación de un trabajo²⁶⁸.

²⁶⁷ Debe entenderse por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

²⁶⁸ De conformidad con el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo el salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo.

Señala al respecto Baéz Martínez que el salario “será aquel que pague el patrón al trabajador por motivo de su trabajo para lo cual fue contratado”²⁶⁹.

Agrega este autor que “el salario como derecho de los trabajadores debe revestir las siguientes características:

a) El salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo en que se pretenda sustituir a la moneda.

b) El salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo. Para fijar el importe del salario se tomaran en consideración la cantidad y calidad del trabajo.

c) El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo”²⁷⁰.

2.7. El contrato de trabajo

Después de analizar lo referente a la relación de trabajo, no debe de causarnos confusión el contrato de trabajo, ya que éste puede ser consecuencia de una futura prestación de trabajo, por lo que considero importante su tratamiento, máxime que la Ley Federal del Trabajo lo establece²⁷¹.

El contrato en términos generales, señala Cervantes que “como lo conocemos tiene su origen en el derecho civil y se encuentra regulado por su propio cuerpo legal, del cual han derivado una gran serie de contratos de diferente naturaleza, como de arrendamiento, de comodato, de prestación de servicios profesionales”²⁷².

²⁶⁹ Baez Martínez, Roberto, *Principios Básicos de derecho del Trabajo*, PAC, S.A., México, 2001, p. 109.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp.110 y 111.

²⁷¹ El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, establece en su segundo párrafo que contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

²⁷² Cervantes Nieto, Héctor, *Consejos Prácticos sobre el Contrato Individual de Trabajo*, ISFF, México, 2001, p. 13.

El Contrato se puede definir “como un acto jurídico a través del cual hay un acuerdo de dos o más voluntades para crear y modificar derechos y obligaciones”²⁷³.

Por el contrato se promete el intercambio de dinero, mercancías o servicios de acuerdo con alguna de las cláusulas determinadas. La finalidad perseguida por las partes contratantes es crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Asimismo, es importante señalar, que para que exista el contrato, es preciso que se den dos elementos necesarios que son el consentimiento y el objeto. Si falta alguno de estos elementos, no existen los derechos y las obligaciones que de ellos derivan.

El consentimiento se puede manifestar de dos formas, “la primera es la expresa, es decir se hace verbalmente, y por escrito, es decir, empleando signos”²⁷⁴.

La otra manera es tácita, es decir, manifestando la voluntad a través de hechos o actos que den bases suficientes para considerar que el consentimiento a sido otorgado.

Es importante mencionar, que para que un contrato sea valido, en lo que respecta al consentimiento, es necesario que las personas que intervengan en él, tengan la capacidad legal para tal efecto.

Podemos considerar que la capacidad legal es aquella aptitud de la persona para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma; no todas las personas tienen dicha aptitud, ya que esta se adquiere al cumplir la mayoría de edad, es decir, al cumplir 18 años y en condiciones de completa salud mental, ya que se pueden tener 18 años pero no estar en pleno uso de sus facultades mentales, en cuyo caso nos encontramos frente a un incapacitado.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Idem.

Ahora bien, otro aspecto importante para la existencia de un contrato es el objeto, el cual consiste “en la obligación que se debe de dar o en el hecho de que el obligado debe hacer o no hacer”²⁷⁵.

Asimismo, un contrato cuyo objeto es una obligación de hacer, podría ser un contrato de prestación de servicios profesionales, en el que el profesionista se obliga a prestar un servicio determinado.

Por ultimo, un contrato cuyo objeto sea de no hacer puede ser el de un artista que anuncia un producto determinado, en dicho contrato se le obliga a no hacer publicidad de un producto parecido, durante un determinado periodo.

Es conveniente señalar, que en algunos casos, para que un contrato surta todos los efectos legales correspondientes, no es necesario que se celebre por escrito, como es el caso de nuestro derecho laboral.

De conformidad con las disposiciones de la ley del trabajo, el contrato de trabajo puede ser individual y colectivo, por tanto se llama contrato individual de trabajo a cualquiera que sea su forma o denominación, a aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

Por el contrario contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o mas empresas o establecimientos.

El contrato de trabajo, como lo vimos en el tema 2.1.1., era un simple contrato de arrendamiento, ya que de la misma forma en que una persona alquilaba una casa

²⁷⁵ Citare un ejemplo al respecto, el objeto en un contrato en el cual una de las partes se obliga a dar, puede ser de compraventa o de una cosa determinada; una de las partes paga el precio de la cosa y la otra se obliga a entregar ese bien determinado.

a cambio de una renta, así otro sujeto podía arrendar los servicios de un trabajador a cambio de un salario²⁷⁶.

El especialista en derecho Laboral, Philippe Lotmar, en Alemania, “logró desvirtuar al contrato de trabajo del contrato de arrendamiento, aduciendo que no era posible asimilarlo, ya que al terminarse el contrato de arrendamiento había que devolver la cosa arrendada, y en el contrato de trabajo no era posible, a su término, restituir al trabajador la energía y esfuerzos desempeñados. Ante tal indiscutible razonamiento, el contrato de trabajo logro independizarse finalmente del contrato de arrendamiento”²⁷⁷.

Los juristas objetaron que la energía humana, por no ser tangible, no podía quedar sujeta a las reglas del contrato de compra-venta y que, por otra parte, resultaba indigno e incompatible con la naturaleza de la persona, el considerar que esta pudiera ser equiparada a un objeto, que se pudiera comprar o vender en el mercado.

La Ley Federal del Trabajo en el párrafo segundo del artículo 20, nos define que es el contrato de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud de la cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

En todo Contrato Individual de Trabajo intervienen dos partes: el patrón y el trabajador, conceptos que ya fueron explicados y que nos remitimos a los mismos.

A diferencia de la relación de trabajo, el contrato de trabajo se refiere desde el instante mismo en que las partes se ponen de acuerdo sobre el trabajo estipulado y el salario convenido.

²⁷⁶ Situación que hoy en día ya no acontece, en virtud de que la Ley Federal del Trabajo establece reglas muy claras de cómo nace la relación laboral y sus efectos que la motiva hacia las partes, situación que ha sido comentada, y que en el caso del contrato se abordará al respecto.

²⁷⁷ Climent Beltran, Juan B., *Ley Federal del...*, op. cit., p. 86 y 87. Señala este autor que debe establecerse que no existía en la legislación civil ninguna disposición que regulará el trabajo, ni tampoco conoció el contrato de trabajo.

Esto es, que el contrato, el nacimiento de los derechos y obligaciones de cada una de las partes depende del acuerdo de voluntades, mientras que en la relación de trabajo, iniciada la actividad del trabajador, se aplica automáticamente e imperativamente el derecho objetivo.

Ahora bien, la relación de trabajo, en cambio, surge hasta el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio. Por lo tanto el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, señala que la relación de trabajo es la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario.

Se dice que es personal, por que el trabajador debe prestarlo precisamente a la persona que se entrevista y contrata para ello, no pudiendo transferir este derecho a persona diferente. La subordinación es la dependencia técnica del trabajador al patrón, relacionada con el deber jurídico de respeto y obediencia²⁷⁸.

Se entiende por remuneración la contraprestación que otorga el patrón traducida en el pago al trabajador por su servicio prestado, por lo tanto están sujetos a un horario estipulado en el contrato.

Ahora bien, la relación laboral tiene impresos derechos y obligaciones recíprocos; es a titulo onerosos por que la retribución convenida, llamada salario, forma parte de su esencia, también las partes conocen de antemano todas sus obligaciones y derechos, por ultimo se da para el futuro y sus efectos no terminan en el acto mismo de su celebración²⁷⁹.

2.7.1. El objeto del contrato de trabajo

Por otra parte y analizando el objeto del contrato de trabajo, que es precisamente el trabajo, es importante definir en primer lugar en que consiste para

²⁷⁸ Lemus Raya, Patricia, *Derecho del Trabajo*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 15.

²⁷⁹ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op. cit., p.194. Indica este autor que "es de resaltar que la relación de trabajo una vez iniciado el servicio, se desprende del acto que le dio origen y adquiere una vida independiente".

poder analizar como se tiene que ejecutar para que quede regulado por la Ley Federal del Trabajo.

Al respecto el segundo párrafo del artículo 8 definió al trabajo como toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerida por cada profesión u oficio.

Tomando en consideración la definición que hace la Ley Federal del Trabajo, tanto del trabajador como del trabajo, y que este ultimo lo considera como una actividad humana, llego a la conclusión de que el único trabajo que ampara dicho ordenamiento jurídico es el del hombre.

El otro aspecto del trabajo es que este puede ser material o intelectual. A mi entender estos dos puntos están estrechamente relacionados, ya que todo trabajo lleva algo de material e intelectual; lo único que lo diferencia es el grado de ambos, que requiere de trabajo para su ejecución²⁸⁰.

2.7.2. Derechos y obligaciones que nacen del contrato laboral

En cuanto a los patrones tenemos que serán sus obligaciones para con los trabajadores el cumplir las disposiciones de las normas de trabajo aplicables a sus empresas o establecimientos; además deberán pagar a sus a trabajadores sus salarios e indemnizaciones que les correspondan con motivo de la relación de trabajo que dé origen al contrato.

Así mismo, deberá proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles e instrumentos necesarios para la ejecución del trabajo, y reponerlos tan luego como dejen de ser eficientes, por lo que el patrón no deberá exigir indemnización alguna por el desgaste natural.

²⁸⁰ Cervantes Nieto, Héctor, *Consejos Prácticos...*, op. cit., p. 20. Indica que "la Ley laboral no determina que se requiera de una determinada preparación para ejecutar el trabajo, por el contrario, hay actividades que requieren de ciertos conocimientos o se preparan para ejecutarlas y por consiguiente, dichas actividades solo podrán ser ejecutadas por aquellos trabajadores que tengan los conocimientos necesarios".

Deberá proporcionar un local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al obrero; deberá además, guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de mal trato de palabra o de obra.

Procurará el patrón de expedir cada quince días a solicitud de los trabajadores una constancia escrita del número de días trabajados y del salario percibido, así dentro del término de tres días una constancia escrita relativa a sus servicios.

Nace del contrato de trabajo y del inicio de la relación de trabajo el que se practiquen inspecciones por las autoridades del trabajo y fomentar las actividades culturales y deportivas, proporcionando a las mujeres embarazadas la protección legal.

Por otra parte, obliga a los trabajadores desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o su representante y ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmeros apropiados, así como dar aviso al patrón de las causas justificadas que le impidan concurrir a su trabajo.

Otras de las obligaciones que atañen al trabajador es observar buenas costumbres durante el servicio y someterse a exámenes médicos en los términos de los reglamentos de trabajo, comunicando al patrón de las enfermedades contagiosas que padezca.

Corresponde al trabajador guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa con motivo del trabajo que desempeña y los asuntos administrativos que conozca y cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa; todas estas obligaciones de ser graves serán motivos de rescisión del contrato de trabajo, lo mismo que para el patrón.

Dentro de los derechos únicamente tenemos que corresponden a los trabajadores, ya que debemos de recordar la naturaleza del derecho del trabajo, que trae beneficios a los trabajadores, siendo un derecho protector de esta clase.

2.7.3. Condiciones generales de trabajo

Los derechos y obligaciones derivadas del Contrato de Trabajo, vienen a constituir precisamente las condiciones de este, y serán las que van a establecer la forma y los términos en que se va a ejecutar el trabajo.

El escrito que contenga las condiciones de trabajo de conformidad con el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo deberá señalar datos de identificación tanto del trabajador como del patrón (nombre, edad, sexo, estado civil y domicilio), duración del trabajo, es decir por tiempo determinado, indeterminado o por obra.

Se señalará el servicio, es decir el servicio o servicios que deban presentarse o efectuarse con la mayor precisión posible; lugar o lugares donde deba presentarse o llevarse a cabo dicho trabajo.

En cuanto a la jornada de trabajo, entendiéndolo por la duración de la misma, debemos dar algunas explicaciones de cómo opera esta figura social por lo que las jornadas de trabajo se regulan del artículo 58 al 68 de la Ley Federal del Trabajo.

Señala Lemus que “fue uno de los derechos más prominentes que se requisitaron con los movimientos obreros de principios de siglo, ya que si recordamos las jornadas de trabajo eran infrahumanas, excesivas pues constaban de doce a dieciocho horas diarias, eran las jornadas que se conocían como de sol a sol”²⁸¹.

Al surgir los grandes movimientos tanto políticos, económicos como sociales de principio de siglo, los trabajadores mexicanos pidieron una jornada de trabajo más

²⁸¹ Lemus Raya, Patricia, *Derecho del ...*, op. cit., p. 31.

justa y fue en la constitución de 1917 cuando se regulo que fuera de ocho horas y además se conquistaron otros derechos inherentes a las jornadas de trabajo.

Tanto el trabajador como el patrón podrán fijar la duración de la jornada, esto es sin que se rebasen los términos legales.

De acuerdo a las horas del día en que se presta el servicio, existen tres tipos de jornadas laborales y que son:

Diurna, es la comprendida entre las seis y las veinte horas; la nocturna es la comprendida entre las veinte y las seis horas y la mixta, es la que comprende periodos de tiempo de las jornadas diurna y nocturna, siempre que el periodo nocturno sea menor de tres horas y media, pues si comprende tres horas y media o mas se reputara como jornada nocturna;

De acuerdo al artículo 61 de la Ley Federal del Trabajo, la duración máxima de la jornada será ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta. Si el trabajador no puede salir del lugar en donde presta sus servicios durante las horas de descanso, le será computado este tiempo como efectivo de servicios.

La prolongación de la jornada se permite en dos casos, de conformidad con el artículo 65 del ordenamiento laboral, tratándose de trabajos de emergencia o por circunstancias extraordinarias.

Los trabajos de emergencia tienen lugar si sucede algún siniestro o riesgo inminente en la empresa, en donde el trabajador estará obligado a prestar su auxilio al patrón o a sus compañeros a fin de evitar más daños; las horas que labore le serán retribuidas como horas de jornada ordinaria, ello de conformidad con el artículo 67 de la ley laboral.

La jornada extraordinaria, de acuerdo al artículo 68, se labora por circunstancias técnicas o económicas de la empresa y no podrá exceder nunca de tres horas diarias, ni de tres veces en una semana.

Las cuales se pagaran en un cien por ciento más y si exceden de nueve horas extraordinarias se pagaran en un 200% más del salario correspondiente a las horas de la jornada ordinaria.

Se debe establecer la forma y el monto del salario; pago del salario, es decir el día y el lugar en el que se llevara a cabo el mismo, y capacitación del trabajador, esto es, la indicación de que el trabajador será capacitado, o adiestrado en los términos de los planes o programas establecidos o que se establezcan en la empresa, conforme a lo dispuesto en la Ley.

Otras condiciones de trabajo, tales como los días de descanso, vacaciones y demás que convengan al patrón y al trabajador.

Respecto a los días de descanso y las vacaciones debemos explicar éstas prestaciones que se traducen en beneficios a los trabajadores, ya que el Derecho del Trabajo recogió dos instituciones, indica Lemus, “los días de descanso y las vacaciones, cuyas finalidades son defender mejor la salud de los hombres, contribuir a la convivencia familiar y conmemorar determinados acontecimientos o fiestas tradicionales y se contemplan tres tipos de descanso que son el semanal, el obligatorio y las vacaciones”²⁸².

El descanso semanal, conforme lo dispone el artículo 69 de la Ley Federal del Trabajo “por cada seis días de trabajo disfrutara el trabajador un día de descanso por lo menos con goce de salario integro”.

²⁸² Lemus Raya, Patricia, *Derecho del...*, op. cit. p. 32.

La finalidad del descanso semanal es de carácter fisiológico, ya que el cuerpo humano necesita periódicamente un descanso para reponer la fatiga del trabajo diario, además es de orden familiar por que permite la convivencia en el hogar²⁸³.

Por último es de naturaleza social y cultural ya que el descanso hace posible la relación con otras familias, asistir a algún espectáculo o dedicarse a la actividad que más le guste.

Para determinar cual es el día de descanso indicado para cumplir con las finalidades de este, se toma en cuenta lo que dice el artículo 71 que en los reglamentos de esta Ley se procurara que el día de descanso semanal sea el domingo.

No sin antes mencionar que ambas partes puedan convenir en el día de descanso semanal, será cualquier día en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a recibir una prima dominical equivalente al veinticinco por ciento sobre su salario normal.

El descanso obligatorio y que difiere del semanal, por que la finalidad de este es recuperar el desgaste de energías, en tanto que aquel se propone conceder a los trabajadores la oportunidad de conmemorar determinados acontecimientos, de significado nacional o para la clase trabajadora, debiendo percibir su salario integro.

Es muy importante que queden establecidas las condiciones del trabajo, ya que el Derecho Laboral es un Derecho Social que va a proteger a la clase trabajadora y por consiguiente, no opera en esta materia el principio de derecho de que: “quien afirma esta obligado a probar su dicho”.

Precisa De la Cueva que “en la inteligencia de que se entiende por condiciones de trabajo las normas que fijan los requisitos para la defensa de la salud

²⁸³ Ibidem. p. 33.

y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares del trabajo, y las que determinan prestaciones que deben percibir los hombres por su trabajo”²⁸⁴.

Por lo que respecta a las vacaciones, éstas son la prolongación del descanso semanal; “un descanso continuo de varios días, regresa a los hombres su energía y el gusto por el trabajo, les da la oportunidad de intensificar su vida familiar y social”²⁸⁵.

El artículo 76 de dicho ordenamiento señala que los trabajadores que tengan mas de un año de servicio disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas, que en ningún caso podrá ser inferior a seis días laborales y que aumentara en dos días laborables, hasta llegar a doce, por cada año subsiguiente de servicios.

2.8. La estabilidad en el empleo

Como parte de la investigación que se viene desarrollando, nos parece que una vez que conocimos como da origen a una relación de trabajo, necesitamos conocer que derecho nace a favor del trabajador para permanecer en el empleo para el que se le contrato, y si este puede ser por tiempo indefinido o temporal de acuerdo a la naturaleza del trabajo.

Por otra parte, conocer porque un contrato de trabajo puede terminar, será tema a tratar, para lo cual iniciaremos pues, con el derecho que tiene un trabajador para que se le permita trabajar sin preocupación a ser separado de su empleo.

Por lo que la estabilidad en el empleo, al ser creación del constituyente en Querétaro y que se destinó a la seguridad labora del obrera para que tuviese mejores condiciones de vida generadas por la antigüedad, pueda mantenerse en el empleo salvo la existencia de factores que proporcionan la disolución del vinculo laboral por el incumplimiento a las obligaciones que contrajeron las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo.

²⁸⁴ De La Cueva, Mario, op. cit., p. 266.

²⁸⁵ Ibidem. p. 34.

2.8.1. Concepto de estabilidad laboral

El trabajador tiene derecho al trabajo y a que este le sea respetado, lo cual le dará seguridad de que lo va a conservar, y por lo tanto, que contare con la tranquilidad de seguir obteniendo un ingreso tanto en el presente como en el futuro, que les permitirá seguir satisfaciendo su necesidades primordiales, como son: alimentación, vestido, calzado, vivienda, etc.; mediante el cobro de su salario.

Esa seguridad es lo que se conoce como estabilidad en el empleo, la cual evitara que por razones arbitrarias y caprichosas del patrón despida sin motivo alguno al trabajador, salvo las causas específicamente establecidas en la Ley Federal del Trabajo que analizaremos mas adelante.

Dicho principio se encuentra consagrado en la fracción XXII del artículo 123 Constitucional que señala que el patrón que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato o por haber tomado parte en una huelga lícita, estar obligado a elección del trabajador a cumplir con el contrato o indemnizarlo con el importe de tres meses de salario.

Mario de la Cueva establece que “la estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente la del patrón, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación”²⁸⁶.

Respecto al concepto anterior, le podemos entender que la estabilidad en el empleo, es la seguridad que debe brindarle el patrón a sus trabajadores, desde el momento en que se inicia la relación laboral, para que estos tengan la certeza de tener un trabajo seguro durante el tiempo establecido en su contrato, siempre y cuando no incurran en alguna causal de despido estipulado en la ley.

²⁸⁶ Ibidem, p. 219.

De lo anterior deduzco que es injusto, que si el trabajador actúa con responsabilidad, cuidando su trabajo, el patrón por simple capricho lo despida del trabajo sin motivo alguno, lo cual efectuara seriamente el patrimonio familiar del trabajador.

Si tenia pensado pagar colegiaturas, uniformes escolares, renta, teléfono, atención medica, transporte, deudas, etc., ya no lo podrá hacer, puesto que contaba con cierto tiempo de trabajo “seguro”, y por supuesto no tendrá ingresos para saciar las necesidades mas importantes como lo es el alimento y el vestido.

Esto debido a la falta de estabilidad que el patrón no le brindo a su trabajador, por diversas razones, como seria que le dio preferencia a otra persona simplemente por tener dinero, o ser hijo de un amigo, o ser familiar.

No podrá establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.

Por lo tanto, la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, por que aquel que sabe que su permanencia en el trabajo ya no depende del capricho de otro, si no del cumplimiento de sus obligaciones, actuara en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia, es decir, ya dependerá de el si lo despiden por irresponsabilidad o conserva su empleo, y a su vez se supera tanto en lo económico y en su caso en lo profesional²⁸⁷.

2.9. La duración de los contratos de trabajo

De acuerdo con el principio de la estabilidad en el empleo, Cervantes indica que “se entiende que el contrato de trabajo se debe celebrar por tiempo indeterminado, a menos que la naturaleza del trabajo, exija que sea por obra o por tiempo

²⁸⁷ Ibidem, p. 220.

determinado para ello dará una breve explicación antes de entrar de lleno a los citados contratos”²⁸⁸.

El patrón, por lo general tiene que contratar trabajadores para que ejecuten trabajos que se refieren a una necesidad específica y permanente del negocio; es entonces cuando tiene lugar el contrato por tiempo indeterminado, el cual, como precisa Amescua, es “una confirmación al principio de estabilidad, debe subsistir hasta en tanto no haya una causa razonable para su disolución”²⁸⁹.

Pero por el contrario, cuando existen circunstancias extraordinarias y temporales; en este caso, tiene lugar los contratos por obra y tiempo determinado, mismo que termina cuando desaparecen dichas circunstancias, constituyendo no propiamente una excepción, si no una modalidad al principio de la estabilidad, que como indica Cervantes, es “como una obligada consecuencia de la naturaleza del servicio que se deba prestar”²⁹⁰.

Ahora bien, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 35 establece que las relaciones laborales pueden ser por obra o tiempo determinado, y en el párrafo final del citado artículo exige que las excepciones sean objeto de una estipulación expresa, por lo que en ausencia de ella la relación será por tiempo indeterminado.

2.9.1. Contrato por obra determinada

Señala Amescua, que el contrato por obra determinada es “aquel que puede celebrarse entre los factores de la producción únicamente en el caso de que así lo exija la naturaleza del trabajo, disolviéndose al cumplirse la obra, sin responsabilidad para el patrón, salvo que subsista la materia del trabajo”²⁹¹.

²⁸⁸ Cervantes Nieto, Héctor, *Consejos Prácticos sobre...*, op. cit., p.35.

²⁸⁹ Amescua Ornelas, Norahenid, *Relaciones laborales*, Cárdenas editores, México, 2000, p.28. Nos precisa la autora que de no existir causa justificada para la celebración de un contrato por obra o tiempo determinado, el contrato relativo deberá tener el carácter de indefinido.

²⁹⁰ Cervantes Nieto, Héctor, *Consejos Prácticos sobre...*, op.cit., p.35.

²⁹¹ Amescua Ornelas, Norahenid, *Relaciones...*, op.cit., p.57.

Al respecto el artículo 36 de la Ley Federal del Trabajo establece que el señalamiento de una obra determinada puede únicamente estipularse cuando lo exija su naturaleza.

A fin de que se entienda con mayor facilidad en que consiste este contrato, es conveniente señalar que se puede celebrar, cuando se requiera la ejecución de un trabajo extraordinario y que no va a constituir una necesidad permanente en la empresa.

Al respecto el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, consigna la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, como supuesto necesario para la realización de la seguridad social.

2.9.2. Por tiempo determinado

El contrato por tiempo determinado es “aquel que se celebra entre los factores de la producción por virtud de la naturaleza del trabajo o por otras causas previstas en la Ley, de manera que se disuelve sin responsabilidad para el patrón por cumplimiento del plazo previsto, salvo que subsista la materia del trabajo”²⁹².

El artículo 37 de la Ley Federal del Trabajo establece que el señalamiento de un tiempo determinado puede únicamente estipularse cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar; cuando tenga por objeto sustituir temporalmente a otro trabajador, y en los de más casos previstos por la Ley.

2.9.3. Por Tiempo Indeterminado

Precisa Climent, que este tipo de contrato es el mas frecuente, ya que para que exista el contrato por obra o tiempo determinado, “lo debe requerir su naturaleza; pues de lo contrario, estaremos en precencia de un contrato por tiempo

²⁹² Idem. Como ya lo expresamos, sólo podrá celebrarse un contrato por obra determinada cuando así lo requiera la propia naturaleza del trabajo: construcción de una nave industrial, impartición de un seminario.

indeterminado, por que no se especifico claramente el tipo de contrato que se hiba a celebrar, por lo tanto la duracion de este se considera indefinida”²⁹³.

Por regla general este contrato se identifica de los dos anteriores por que de no existir causa justificada para la celebracion de un contrato por obra o por tiempo determinado, aun cuando exista causa real que justifique a uno u otro, el contrato será por tiempo indeterminado, “el contrato deberá de tener el carácter de indefinido”²⁹⁴.

Precisa Climent que “de no pactarse por escrito un contrato por obra o tiempo determinado, aun cuando exista causa real que justifique a uno u otro, el contrato será por tiempo indeterminado”²⁹⁵.

Que aun celebrado por escrito el contrato por obra o tiempo determinado, “si la realidad de las cosas es que la materia del trabajo ejecutada por el trabajador tiene carácter permanente, normal y necesaria dentro de la empresa, el contrato deberá de enderezarse como indeterminado”²⁹⁶.

2.10. Terminación laboral

Acontinuación procederemos al estudio de los motivos por los cuales se extingue una relación laboral en donde puede presentarse circunstancias o causas justificadas como lo establece la Ley Federal del Trabajo en su artículo 47 y 51, o bien, cuando simple o sencillamente nos encontremos ante las causas de termanación a que alude el artículo 53 de la respectiva Ley.

Es la disolución de las relaciones de trabajo, por mutuo consentimiento o como consecuencia de la interferencia de un hecho, independientemente de la voluntad de los trabajadores o de los patrones, que hace imposible su continuación, como es la

²⁹³ Climent Beltrán, Juan B., *Formulario de derecho del Trabajo*, tercera edición, editorial Esfinge, México, 2001, p.17. No debemos pasar por alto de que el contrato individual de trabajo por tiempo indeterminado se rige por lo dispuesto en los artículos 6,8 al 16, 20 al 31, 35, 40 y 41.

²⁹⁴ Amescua Ornelas, Norahenid, op.cit., p.28.

²⁹⁵ Ibidem, p.57.

²⁹⁶ Idem.

incapacidad física o mental. Por su naturaleza, y salvo el caso del mutuo consentimiento, es el resultado de la admisión del principio de que los hechos se imponen en las relaciones jurídicas.

Si se comparan ambos conceptos, se observara que su diferencia, radica en que la rescisión toma su origen en el incumplimiento culposo de las obligaciones, en tanto que la terminación es la consecuencia de una hecho, ajeno a la voluntad de los hombres, que se impone a la relación jurídica.

La distinción es importante, pues la diversidad de causas produce efectos diferentes, tanto en lo que concierne a las formas de operación cuanto en las consecuencias de la disolución. La Ley Federal del Trabajo establece varias causas de disolución del contrato o relación de trabajo, que podemos agrupar en diversas figuras jurídicas.

Una de ellas es la rescisión del contrato de trabajo ya sea de parte del patrón o del trabajador, figura a la cual haremos referencia en el siguiente punto, y que la encontramos en los artículos 47 y 51 de la respectiva ley .

Otra es la terminación a que se refiere el artículo 53 de la citada ley y por ultimo la que prevee otros supuestos de terminación de la relación de trabajo por causa específicas que se encuentran en forma dispersa en la Ley Federal del Trabajo, que analizaremos en el siguiente punto.

2.10.1. Rescisión Laboral

Rescisión, es la disolución de las relaciones de trabajo, decretada por una de sus sujetos, cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones²⁹⁷.

²⁹⁷De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho...*, op.cit., p.241.

La rescisión laboral es el resultado del ejercicio de un derecho potestativo que corresponde a cada uno de los sujetos de la relación en el caso de que el otro, incumpla gravemente sus obligaciones, por tanto, el titular del derecho puede hacer uso de el o abstenerse²⁹⁸.

Como pudimos observar a lo largo de este capítulo, cuya intención era conocer el desarrollo de la Ley Federal del Trabajo y las figuras que se presentan en toda relación laboral, pero que de acuerdo a nuestro trabajo lo que nos interesa es como servirían las medidas cautelares en la legislación laboral.

Como ejemplo tendríamos que el aviso de rescisión, bien puede ser una medida cautelar, lo cual analizaremos en el siguiente capítulo, pero que para efectos del trabajo sólo nos limitaremos a señalar que es necesario justificar la forma en que el aviso de rescisión es viable que pueda tramitarse y se configure como una medida cautelar.

Cabe señalar que el aviso de rescisión cautelar tiene como efecto inmediato la suspensión provisional de la relación laboral, misma que se ordenará levantar si no se acredita la causa de rescisión que se invoque por el patrón.

La medida cautelar, recordemos, trata de brindar una seguridad al peticionario sobre el derecho que ejercita, mismo que se encuentra en controversia, y que durará mientras dure el proceso, o esté por suscitarse.

Se justifica que el aviso de rescisión tenga un tratamiento similar a las medidas cautelares, ya que como se estudió en el Capítulo primero, al analizar las características de las medidas cautelares nos damos cuenta que éstas se presentan en el aviso de rescisión y que estudiaremos en el siguiente capítulo.

²⁹⁸ Idem. No debemos olvidar que la rescisión es imputable a uno de los sujetos de la relación, que de lugar al incumplimiento de una obligación derivada de la relación laboral.

Es importante indicar que las juntas de conciliación para los efectos de su función son el conducto, por el cual, el Estado ejerce atribuciones administrativas con efectos jurisdiccionales.

2.11. Conclusiones

Como conclusión a este segundo capítulo, tenemos que nuestro derecho del trabajo, tiene su origen por mandato constitucional vigente a partir de la aprobación de la Constitución Política Mexicana de 1917, atento al artículo 123 de la citada Carta Magna.

Ello, como hemos visto después de una larga lucha por la defensa de los intereses de la clase obrera, por tanto se protege que el trabajador tuviera derecho a reclamar la totalidad de su salario durante toda la vida. La justicia obrera se separó de la civil, conociendo de las demandas de los trabajadores contra sus patrones las juntas de administración civil, como se llamaron los tribunales encargados de administrarles justicia.

Ante las garantías sociales y frente a los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, el Estado, por conducto de las autoridades que al efecto establece, la ley, vela por el cumplimiento de todas las modalidades jurídicas y económicas de la relación de derecho en que se ostentan las prerrogativas sociales.

Es por ello, que ante toda relación de trabajo tenemos como elementos a los sujetos de la relación laboral al trabajador y el patrón; la prestación de trabajo, que implica que el empleado cede por un tiempo su trabajo para que después sea retribuido por su trabajo.

Así como el concepto de subordinación, que implica una facultad jurídica de la parte patronal en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u ordenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la fuente de trabajo, denomínese empresa; derivándose una obligación jurídica del trabajador de cumplir esas órdenes en la prestación de su trabajo, y el salario que es la retribución

a la que se compromete el patrón a pagar al trabajador por la prestación de un trabajo.

Teniendo presentes estos elementos, podemos comprender el desarrollo de nuestro trabajo, ya que las medidas cautelares giran en torno a una relación de trabajo que peligró en cuanto a la estabilidad en el empleo.

CAPITULO TRES

El derecho procesal laboral y las medidas cautelares

SUMARIO: 3.1. Derecho procesal laboral; 3.2. El proceso; 3.3. El proceso y procedimiento; 3.4. El proceso como relación jurídica procesal; 3.5. El proceso laboral; 3.6. La representación en el proceso laboral; 3.7. El proceso cautelar; 3.8. Naturaleza jurídica del proceso cautelar; 3.9. Las medidas cautelares en materia laboral; 3.10. Objetos de las medidas cautelares en materia laboral; 3.11. Naturaleza jurídica del proceso cautelar laboral; 3.12. Procedimiento actual de las providencias cautelares en la LFT; 3.13. Conclusiones.

3.1. Derecho Procesal Laboral

Para el desarrollo de este capítulo y como parte de la investigación que desarrollamos en el ámbito procesal, será necesario que expliquemos desde la óptica de la teoría general del proceso la integración del derecho procesal del trabajo.

Esto nos permitirá integrar a la teoría de las medidas cautelares su aspecto procesal, que en esencia, es a través de un procedimiento que se adoptaran o negarán éstas por los órganos del Estado.

Es de establecer que el derecho procesal del trabajo como cualquier otra rama del derecho se integra de principios procesales, los cuales vienen a resultar la base o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso, siendo de acuerdo a Arellano García, en materia procesal del trabajo “la publicidad, la oralidad, inmediación, el dispositivo, el inquisitivo, de concentración, de imparcialidad, de congruencia, de economía procesal, de gratuidad y el contradictorio”²⁹⁹.

²⁹⁹ Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, tercera edición, México, 1989, p. 36-45. Agrega el autor que “en materia laboral se pueden señalar a éstos principios como de los más importantes y por tanto debemos indicar que el principio de publicidad es la posibilidad de ofrecer al público el presenciar un juicio, conocer los acuerdos que se listen durante el día por el órgano jurisdiccional; la oralidad, es el principio según el cual las manifestaciones y declaraciones que se hagan a los tribunales del trabajo para ser eficaces necesitan ser formuladas de palabra; la Inmediación, exige comunicación del representante del gobierno (llámese presidente, auxiliar o secretario de acuerdos de una Junta de Conciliación y Arbitraje) con las partes, es decir que se este en contacto con las partes; el dispositivo, implica que la acción procesal esta encomendada en sus dos formas, activa y pasiva, a las partes y no al juez; el inquisitivo, consiste en que el órgano jurisdiccional debe de oficio y no a petición de parte, mantener activo el proceso; de concentración, el cual señala Rafael de Pina se presenta en el proceso oral y que consiste en el menor número posible de audiencias, en atención a que, cuanto más próximas a la decisión sean las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión recibida por quien ha de resolver, se borre y de que la memoria lo engañe y tanto más difícil resultaría mantener la identidad del juez durante el proceso; de imparcialidad o de igualdad de las partes, que consiste en que las partes deben estar en situación idéntica frente al juez, por lo cual no debe haber ventajas o privilegios a favor de una ni hostilidad en perjuicio de la otra; de congruencia, que consiste en que la resolución definitiva ha de apegarse a las constancias de autos; de economía procesal, que implica a palabras de Eduardo Pallares, que el proceso se desarrolle con el mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo con las circunstancias del caso; de

En este sentido, el derecho procesal laboral, se integra de una serie de actos mediante los cuales se permite llegar a una decisión que ponga fin a un conflicto, llámese individual o colectivo.

Sin embargo, para conocer el proceso laboral resulta necesario que expliquemos su función y su estructura, para de esa manera explicar la naturaleza del derecho procesal laboral y con ello el cautelares.

3.2. El Proceso

Para entender lo que significa proceso, es necesario referirnos al concepto litigio, el cual está vinculado al de juicio. Carnelutti expresa que “litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”³⁰⁰.

Desde su punto de vista, el simple conflicto de intereses no constituye un litigio, es necesario, además, que se manifieste por la exigencia de una de las partes de que la otra sacrifique intereses al de ella, y por la resistencia que oponga la segunda a esta pretensión.

Por tal motivo, los sujetos del litigio son las partes, esto es, las personas cuyos intereses están en conflicto. Carnelutti sostiene que “el litigio es presupuesto del proceso jurisdiccional, sin litigio no hay proceso jurisdiccional; el litigio presupone dos personas, un bien, y el conflicto de intereses, por tal motivo es indispensable que el conflicto sea jurídicamente calificado, es decir, que interese al derecho, y que el conflicto se manifieste al exterior mediante dos pretensiones opuestas”³⁰¹.

La pretensión es uno de los elementos necesarios para el litigio, la pretensión

gratuidad, que consiste que en materia de trabajo el derecho procesal del trabajo se desarrollará sin ningún costo a las partes, y el contradictorio, que es que la parte demandada se le de oportunidad de defenderse con argumentos y pruebas en contra de las reclamaciones que se le han hecho, siendo la oportunidad procesal de contradecir los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda instaurada en su contra, debiendo gozar de la oportunidad de ser oído y de aportar las probanzas necesarias para la defensa de sus intereses. Este principio sustenta el desarrollo de esta investigación en el sentido de que ante la adopción de medidas cautelares el demandado se oponga a ellas”.

³⁰⁰ Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 44.

³⁰¹ Idem.

es un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés propio, por ende, no debemos confundirlo con la acción, que es un medio para llevar a la pretensión hacia el proceso, es decir el introducir a la pretensión en el campo de lo procesal.

Pretensión es, pues, la afirmación de la existencia de un interés o de un derecho sustantivo y exigencia de su satisfacción, en el campo procedimental, con la eventual subordinación, en el terreno procesal del interés o derecho ajenos³⁰².

La acción, por otra parte, es un derecho público subjetivo. Como garantía individual se encuentra consagrada en la Carta Magna, prohibiéndose la autodefensa, creándose para tal efecto, los órganos del Estado encargados de ejercer la función jurisdiccional y traza los lineamientos del proceso.³⁰³

Por ende, concebido como acción procesal, es el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano del Estado que decida los litigios de intereses jurídicos.

Ahora bien, la jurisdicción, significa “decir” o “declarar el derecho”, y de manera general, es el poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales, o de otros órganos administrativos, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje³⁰⁴.

El procesalista italiano Chiovenda considera que “la jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea el hacerla prácticamente efectiva”³⁰⁵.

³⁰² Voz “pretensión”, en *Biblioteca de Diccionarios Jurídicos Temáticos*, Vol. IV, Harla, México, 2001, p. 156.

³⁰³ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁰⁴ Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, décima edición, Porrúa, México, 2001, p. 335.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 337.

3.3. Proceso y procedimiento

Debemos iniciar señalando que en los diferentes campos en que se llevan a cabo las relaciones, llámense públicas o privadas, y que puedan afectar el interés general por un conflicto que concierna aparentemente a dos sujetos, se requiere de una resolución de autoridad competente, usualmente a través de un proceso, que ponga fin a la controversia.

En este contexto, el proceso resulta ser el único medio, pacífico e imparcial deberá resolver conflictos de intereses, cuando han sido vulneradas normas de carácter público, lo que obliga acudir a la jurisdicción para que, por medio de sus órganos, se resuelva dicho conflicto, mismo que atañe a la sociedad, pues se ponen en entredicho los valores de tranquilidad, paz y seguridad.

Pero proceso, según Gómez Lara, es un “conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”.³⁰⁶

La palabra proceso deriva del derecho canónico y se deriva de *procedo*, término equivalente a “avanzar”; el proceso supone una actividad generadora de actos jurídicos regulados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional³⁰⁷.

Al respecto, Carnelutti explica que “el proceso es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio”; por ende, existe un proceso siempre y cuando el efecto jurídico no se alcance con un solo acto, sino mediante un conjunto de actos. Lo anterior, implica que cada uno de esos actos no pueda dejar de coordinar a los demás para obtención de la finalidad.

³⁰⁶ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General...* op. cit. p. 95. Indica el autor que esta fórmula comprende para nosotros la suma procesal, y significaría que la acción, más la jurisdicción, más la actividad de terceros, nos da como resultado el proceso.

³⁰⁷ Ibidem, p. 216.

Ahora bien, el procedimiento no debe confundirse con el proceso, ya que este último es el conjunto de todos los actos procesales con el fin de alcanzar una sentencia; el procedimiento, por su parte, es la sucesión de actos jurídicos procesales entendido en su sentido dinámico, es decir, son es la forma de actuar.

Para explicar ello, Gómez Lara refiere que el procedimiento se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. Lo que hace pensar que todo proceso es un conjunto de procedimientos, pero que no todo procedimiento es procesal.

El mismo autor señala que para que un procedimiento sea *procesal*, “es necesario que se encuentre dentro del proceso, y se eslabone con otros actos, lo cuales se proyectan hacia un acto final de aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para resolverlo a efectos de concretar la subsunción”³⁰⁸.

3.4. El proceso como relación jurídica procesal

Rafael de Pina precisa que “el proceso es una relación jurídica procesal, por que es la naturaleza propia de toda cooperación de varias voluntades, encaminadas a un fin jurídico, con capacidad para alcanzarlo”³⁰⁹.

Tiene en su contenido prestaciones jurídicas y deberes jurídicos, enlazando a las partes y al juez en una relación jurídica.

La expresión “relación” es un vocablo que significa “vinculación” o “conexión” de una cosa con otra; o a la correspondencia o nexo entre personas; o al nexo existente entre una persona y una cosa.

En el campo del Derecho, la relación jurídica se refiere al nexo “deber ser” que vincula el supuesto normativo con las consecuencias jurídicas. En la relación

³⁰⁸ Ibidem, p. 218.

³⁰⁹ De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, *Derecho Procesal Civil*, vigésima segunda edición, Porrúa, México, 1996, p. 196.

jurídica existe un sujeto obligado al cumplimiento de un deber que constituye el derecho del sujeto pretensor. Dadas ciertas circunstancias, previstas por la norma jurídica, se actualiza el deber ser que entraña el cumplimiento de las obligaciones previstas en las consecuencias jurídicas³¹⁰.

En este sentido, Couture señala que “el proceso es una relación, en el sentido de ligamen o vínculo, que une los diversos actos en procura de su unidad definitiva. Esta relación es doble: por un lado de causalidad por un lado y de reciprocidad por otro”³¹¹.

Existe relación de causalidad entre los actos, porque el orden de los mismos se señala en forma de consecuencia natural de uno con respecto a otro; el emplazamiento es consecuencia de la interposición de la demanda; la prueba es consecuencia de la afirmación; la sentencia es consecuencia del contradictorio; la ejecución es consecuencia de la condena.

La relación de reciprocidad existe en el sentido de que los nexos o ligámenes de los actos se producen frecuentemente en formas correlativas entre sí: caducidad de un derecho corresponde la satisfacción de una expectativa; a la petición corresponde un otorgamiento o una denegación a la denegación un recurso; al recurso una confirmación o una revocación.

Las partes tienen frente al juez “el poder jurídico de colocarlo, con sus demandas, en la necesidad jurídica de proveer; pero correlativamente al deber de prestar su actividad”³¹².

Asimismo, los sujetos de la relación jurídica procesal son el demandante, el demandado y el juez. Por tal motivo, se debe examinar si la relación está válidamente constituida, y antes de acoger o rechazar la demanda estudiar si hay

³¹⁰ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 8.

³¹¹ *Ibidem*, p. 9.

³¹² De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, op. cit., p. 198.

condiciones para admitir o rechazar la demanda.

Finalmente, la relación jurídica procesal, se constituye con la demanda judicial, en el momento en que se notifica al demandado, no siendo necesaria la contestación. Por tal motivo, la relación jurídica está en constante movimiento y transformación, y se extingue por la sentencia, aunque existen otras causas anormales, como la conciliación, el desistimiento y el allanamiento³¹³.

3.5. El proceso laboral

Rafael de Pina afirma que el derecho procesal del trabajo es el conjunto de normas relativas a la aplicación del derecho del trabajo por la vía del proceso³¹⁴.

Es una disciplina que pertenece al derecho social y que tiene un carácter publicista, al regular una función estatal como es la función jurisdiccional; cabe señalar que al ser un derecho social lo es, precisamente debido a las reformas a la Ley de 1980, cuya esencia es su condición social. Ahora bien los Tribunales de Trabajo en México deben ejercer una función tutelar en beneficio de los trabajadores que mejore sus demandas y los libere de cargas procesales³¹⁵.

Cabe establecer que los órganos encargados de administrar justicia laboral reciben el nombre de Juntas de Conciliación y Arbitraje y cuya explicación en cuanto a su origen y funcionamiento fue abordado en el capítulo segundo³¹⁶.

³¹³ La conciliación consiste en la avenencia de las partes en un acto previo a la iniciación de un procedimiento contencioso, tal como ocurre en materia laboral, que de conformidad con el artículo 873 de la Ley Federal del Trabajo establece que la audiencia procesal se compondrá de las etapas de conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas; el desistimiento en un proceso implica abandonar una acción que se había intentado en contra de un demandado, y el allanamiento, consiste en el consentimiento que hace el demandado a las pretensiones que le son reclamadas por el actor.

³¹⁴ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho Procesal del Trabajo*, sexta edición, Porrúa, México, 1991, p. 37.

³¹⁵ En el caso del artículo 784, establece las cargas procesales a que se sujeta el patrón, y que exige de la carga de probar al trabajador, además en tratándose de un despido, es carga, también procesal del patrón de demostrar en juicio que no existió el despido, o bien, que no son ciertos los hechos de la demanda. Lo anterior se encuentra consagrado en los artículos 685 y 784 de la Ley Federal del Trabajo, el primer artículo establece en su segundo párrafo que cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con la ley deriven de la acción intentada, la junta está obligada a subsanar la demanda; además el artículo 873, ordena requerir al trabajador para que subsane su demanda, cuando ésta sea oscura o vaga.

³¹⁶ En el tema 2.5. relativo a las juntas de conciliación y arbitraje.

El derecho procesal del trabajo es un derecho imperativo y autónomo. El primero, porque sus normas ordenan y obligan a observar la norma procesal, además de que como lo establece Chiovenda, se refieren a la constitución de la relación procesal.

Es autónomo, en virtud de que el derecho procesal del trabajo no tiene la característica de ser un derecho instrumental, al servicio de cada disciplina jurídica, sino de un derecho con un objeto propio, para la satisfacción de pretensiones.

En principio, con tribunales del trabajo, que son propios de tal jurisdicción y su base jurídica es el Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus resoluciones son definitivas.

En cuanto a su contenido, el derecho procesal del trabajo, según De Buen, “cuenta con conceptos generales, que le permiten considerar su naturaleza jurídica autónoma de otras ramas del derecho, las normas que lo regulan, la interpretación de éstas, los conflictos que lo integran y cuya atención constituye el objeto mismo de la pretensión laboral”³¹⁷.

Además, posee un aspecto orgánico, ya que es evidente el contenido administrativo, en cuanto a la organización de los tribunales del trabajo en México. Por otra parte las reglas generales del procedimiento comprende todo aquello que es común a todos los procedimientos laborales, como lo es la capacidad y personalidad, competencias, impedimentos, y excusas, actuación de las juntas, términos procesales, providencias cautelares, entre otras.

En este sentido, tenemos que en el proceso laboral, atendiendo a la teoría general del proceso se integra por los sujetos, que se integran por las partes (trabajador y patrón) y la Junta de Conciliación (en su función de tribunal); su

³¹⁷ De Buen Lozano Néstor, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 43.

objeto³¹⁸ y el conflicto que se suscita con motivo de una cosa, ejercitándose una pretensión por un sujeto activo insatisfecho.

Ante esta situación tenemos que los conflictos obrero-patronales, se presentan entre uno o varios trabajadores, o uno o varios sindicatos de trabajadores, y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones. En este tipo de conflictos es donde se colocan frente a frente el trabajador y la empresa.

Estos conflictos dan origen al proceso laboral de cognición y de ejecución, donde las juntas comienzan el procedimiento laboral con la presentación de la demanda y previo emplazamiento a la demandada se da inicio a la audiencia de ley, por lo que las actuaciones de las juntas deben ventilarse en audiencias públicas, predominando la oralidad en dichas audiencias³¹⁹.

Dentro del proceso laboral contamos con diversos procedimientos, predominado el ordinario el cual se desarrolla desahogándose las distintas etapas de conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas³²⁰.

La etapa de conciliación, la junta a través del auxiliar intentará avenir a las partes, por lo que si las partes inician arreglos conciliatorios podrán solicitar a la junta la suspensión de la audiencia. La junta procederá a suspender la audiencia y fijará nueva fecha para su reanudación dentro de los ocho días siguientes, quedando notificadas las partes³²¹.

En el supuesto de que las partes no lleguen a un arreglo conciliatorio, se les tendrá por inconformes con todo arreglo conciliatorio y se pasará a la siguiente etapa

³¹⁸ Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho...*, op. cit., p. 20. Señala el autor que el objeto fáctico del proceso es la cosa sobre la cual hay conflicto o amenaza del mismo. Ahora bien, esta cosa puede ser material o inmaterial; el objeto jurídico es la vertiente o fachada de la cosa que se encuentra enfocada por el derecho; la relación jurídica de la cosa en sí con la persona desde el punto de vista de sus intereses (o supuestos derechos) sobre la misma. Una cosa sin intereses sobre ella no despierta conflictos.

³¹⁹ Dávalos, José, *Derecho Colectivo...*, op. cit. p. 129. Precisa el autor que los diversos actos del procedimiento laboral son predominantemente orales. Sin embargo, no impide que las partes lleven por escrito sus pruebas y la contestación a la demanda, lo que garantiza la celeridad procesal.

³²⁰ Artículo 873 de la Ley Federal del Trabajo.

³²¹ Artículo 876 de la Ley Federal del Trabajo.

de demanda y excepciones³²². En el supuesto de que las partes lleguen a un arreglo, el convenio tendrá, por disposición legal, efectos de laudo³²³.

En la etapa de demanda y excepciones, el actor expondrá su demanda, ratificándola o modificándola, precisando los puntos petitorios³²⁴. La modificación a la demanda se entiende en el sentido de que se puede hacer que un hecho de la demanda sea diferente de cómo era antes sin alterar su naturaleza³²⁵.

El demandado contestará la demanda oponiendo sus excepciones y defensas, refiriéndose a todos y cada uno de los hechos aducidos en la demanda afirmándolos o negándolos, y expresando los que ignore cuando no sean propios; pudiendo agregar las explicaciones que estime conveniente. Si el actor modifica substancialmente su escrito inicial, la junta debe suspender la audiencia y señalar nueva fecha para su continuación³²⁶.

Las partes podrán por una sola vez replicar y contrarreplicar brevemente, y se asentarán en actas sus alegaciones si así lo solicitan. La replicar y contrarreplicar son potestativas sirven para ratificar, especificar, sintetizar lo expuesto en la demanda o en la contestación³²⁷.

En la etapa de ofrecimiento y admisión de pruebas, el actor en primer término ofrecerá sus pruebas, inmediatamente después el demandado, quien a su vez objetará las pruebas del actor, y éste de igual forma las del demandado³²⁸.

La junta emitirá un acuerdo en que admite las pruebas, señalando día y hora para la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas. Cuando por la naturaleza de las pruebas admitidas, la junta considere que no es posible

³²² Artículo 876, fracción V de la Ley Federal del Trabajo.

³²³ Artículo 876, fracción III de la Ley Federal del Trabajo.

³²⁴ Artículo 878, fracción II de la Ley Federal del Trabajo.

³²⁵ Se pueden cambiar los hechos, se pueden ampliar las acciones, se pueden cambiar las acciones.

³²⁶ Artículo 878, fracción IV de la Ley Federal del Trabajo.

³²⁷ Artículo 878, fracción VI de la Ley Federal del Trabajo.

³²⁸ Artículo 880, fracción I de la Ley Federal del Trabajo.

desahogarlas en una sola audiencia, en el mismo acuerdo señalará los días y las horas en que deberán desahogarse, procurando que se reciban primero las del actor y después las del demandado³²⁹.

Una vez agotadas las etapas del procedimiento, se concede a las partes el término de tres días para que formulen alegatos, y se ordena cerrar la instrucción para que se emita el proyecto de laudo³³⁰ por parte del auxiliar de la junta.

3.6. La representación en el proceso laboral

El artículo 689 de la Ley Federal del Trabajo, establece que las personas físicas o morales que acrediten su interés jurídico en el proceso y que ejerciten acción u opongan excepciones, se consideran parte³³¹.

Las personas morales pueden comparecer a juicio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 692, 876 y 879 de la legislación laboral, quienes pueden comparecer a juicio mediante un representante.

La representación, según Kelsen, “es el acto jurídico en el que se estipula que las declaraciones de otro llamado representante producen el mismo efecto, que sus mismas declaraciones”³³².

Por ende, es la facultad que se confiere a otra persona para que actúe en nombre de quien la otorgue. En tal virtud, se distingue entre representación

³²⁹ Artículo 883 de la Ley Federal del Trabajo.

³³⁰ Dávalos José, *Derecho Colectivo y Derecho Procesal del Trabajo*, segunda edición, Porrúa, México, 2004, p. 233. Precisa el autor que “el laudo, es una resolución jurisdiccional. Esta comprendida, dentro de la tarea que funda y justifica la existencia misma de los tribunales, la de decir el Derecho, esto es, la de determinar el Derecho aplicable a la controversia o asunto sometido a su conocimiento. Refiere además, que en este sentido, Juan Palomar de Miguel que la palabra laudo, en acepción jurídica significa “decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores, resolviendo un asunto sometido a su consideración”. Tradicionalmente alude a las resoluciones pronunciadas por un árbitro, entendido éste como se le concebía en la última fase del Derecho Romano, “individuo o persona elegida amigablemente por las partes que discrepan sobre la apreciación de un hecho o relación jurídica o tienen entre sí una cuestión litigiosa, a fin de que resuelva la diferencia sin intervención del magistrado que representa la jurisdicción oficial. Ante la polémica respecto a la naturaleza de las juntas de conciliación y arbitraje, Dávalos precisa, que las juntas no son tribunales de conciencia sino de Derecho y que sus veredictos son auténticas sentencias en sentido jurídico, que deben contener el estudio de las pruebas rendidas, dando las razones en que se funden para darles valor o no en el asunto sometido a su decisión. El laudo laboral no requiere homologación, es ejecutable por sí mismo.

³³¹ Climent Beltrán, Juan B., *Derecho Procesal del Trabajo*, tercera edición, Esfinge, México, 2001, p. 100. Indica el autor que “el acreditar el interés jurídico, es requisito para la personalidad a diferencia de acreditar la titularidad del interés jurídico, que es requisito de la legitimación, siguiendo a Carnelutti, aunque entendiendo esta como idoneidad para la titularidad de la acción”.

³³² Idem.

consensual y representación legal; esta última opera por ministerio de ley en tratándose de menores e incapaces.

Asimismo, los menores trabajadores, tienen capacidad para comparecer a juicio, pero si no tienen asesor, la Junta solicitará la intervención de la Procuraduría de la defensa del trabajo, cuando sean menores de 16 años³³³.

3.7. El proceso cautelar

Como sabemos, el proceso es el instrumento a través del cual las partes ejercitan su derecho a la acción. Se trata por tanto de una sucesión de actos en los que las partes en contradicción, alegan los hechos y producen la prueba de las alegaciones, introduciendo argumentaciones jurídicas para que el órgano jurisdiccional pueda dictar, lo más inmediato posible, una sentencia acertada y justa.

Por todo ello podemos concluir que el proceso no es inmediato; se necesita un cierto tiempo, más o menos largo, para poder dictar una sentencia que respete todas las garantías jurisdiccionales. De ahí que el factor tiempo se constituya en un elemento que puede jugar en contra de aquella parte que decide acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de su pretensión³³⁴.

Se deja abierta la posibilidad de que el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia que al final venga a conceder la satisfacción al actor. Mediante la adopción de una medida cautelar se consigue incidir en la esfera jurídica del demandado, de forma adecuada y suficiente, para lograr tal finalidad.

³³³ Artículo 691 de la Ley Federal del Trabajo.

³³⁴ Esta es una de los motivos por el cual se recurre al proceso cautelar, precisamente para asegurar de manera provisional una cosa o un derecho, hasta en tanto se resuelva en forma definitiva el juicio, toda vez que las medidas cautelares surgen de la necesidad de evitar el peligro del derecho por el retardo que implica el pronunciamiento de la sentencia definitiva (*periculum in mora*). Pero normalmente requieren que quien las solicite, acredite, al menos, la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*).

La tutela cautelar “aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta (Calamandrei)”³³⁵, o bien que “el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza y persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto (Carnelutti)”³³⁶.

Esta noción se vincula con la debida distinción que corresponde efectuar entre el proceso preventivo y el proceso cautelar, los cuales se encuentran en una relación de género a especie.

Ambos, en efecto, tienden a conjurar la producción de un daño. El primero deriva exclusivamente de la conducta extrajudicial (actual o probable) del demandado (así ocurre en los que tienen como objeto pretensiones meramente declarativas o de condena a una prestación futura).

En tanto emerge del retraso con que viene acompañada la tutela judicial definitiva. De esa manera, se puede decir que el proceso preventivo tiene necesariamente un fin en sí mismo, y el cautelar, en cambio, carece de él en tanto se halla ineludiblemente subordinado a la existencia de otro proceso distinto.

Así, el proceso cautelar reúne características en las cuales el Juez, a petición de un futuro demandante impide el cambio probable de una situación, o bien, elimina el cambio ya ocurrido, y anticipa el cambio probable o la pérdida de un derecho.

Lo anterior, al acreditarse ante el Juez, los presupuestos propios de las medidas cautelares, el órgano judicial, emitiendo su mandato procurará garantizar, mediante la tutela cautelar, una futura ejecución, mediante el procedimiento que al respecto se siga en el juicio principal.

³³⁵ Calamandrei, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal...*, op. cit., p. 354.

³³⁶ Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 44.

Se puede pensar que el tratamiento del proceso cautelar puede tramitarse de manera incidental, lo cual no es posible, ya que esto acontece en el proceso de cognición. Arellano García señala que para tener el carácter de incidente, debe surgir la cuestión controvertida dentro de un proceso, pues de lo contrario, una controversia independiente no tendría la calidad de incidente³³⁷.

En materia mercantil y laboral, por citar como ejemplo, cuentan con la posibilidad de que las medidas cautelares sean solicitadas antes de iniciar el procedimiento, pero este trámite no concluye con la concesión de la medida, ya que la parte contra quien se solicitan puede oponerse³³⁸.

Lo anterior se traduce en una especie de contestación. Por ende, este procedimiento corresponde al de los incidentes en general, pero con diferente denominación como ocurre con el código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, por citar como ejemplos en donde la reclamación se tramitará en forma incidental³³⁹.

Por lo que respecta al fin del proceso cautelar, en comparación a un proceso ordinario o sumario, que cuenta con una demanda, éste persigue proteger el proceso de cognición o de ejecución, lo cuales sirven para la tutela del derecho, de este modo se enfoca la relación entre ambos procesos.

Se puede asignar al proceso cautelar el inmediato cambio, y que es con el fin de evitar dentro de los límites de lo posible, aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes, que pueden derivar de la duración del proceso.

³³⁷ Arellano García, Carlos, *Teoría General del ...*, op. cit., p. 170.

³³⁸ El Código de Comercio establece en su artículo 1170, que las providencias precautorias podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, además su artículo 1187, indica que la persona contra quien se haya dictado la providencia puede reclamarla en cualquier tiempo; en tanto el artículo 858 de la Ley Federal del Trabajo, establece que las providencias cautelares podrán ser solicitadas al presentarse la demanda, asimismo el artículo 849 indica que la revisión procede contra actos de Presidentes, actuarios o funcionarios en ejecución de providencias cautelares. Es aquí donde entra nuestra crítica al procedimiento que se ventila contra las medidas cautelares laborales, lo que abundaremos más adelante.

³³⁹ El Código Federal de Procedimientos Civiles establece en su artículo 380 que si la persona contra quien se pide la medida cautelar, puede promover oposición por el procedimiento incidental. Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles de Michoacán en su artículo 284 señala que la persona contra quien se dictare una providencia precautoria, podrá reclamarla en todo tiempo, antes de que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio correspondiente, y a ese efecto se le notificará dicha providencia, en el caso de no haberse ejecutado con su persona o con su representante legítimo. La reclamación se substanciará en forma incidental.

El proceso cautelar tiene de común con el de cognición y el de ejecución, el carácter contencioso, además de que su fin no es la composición de la litis, así como que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica.

Señala Carnelutti, que un notable aspecto, es que “el proceso cautelar no existe por sí mismo, sino en relación al proceso de cognición o de ejecución y se le ha reconocido, de esta manera, un carácter instrumental. Esta es la fórmula, donde mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la tutela del proceso; por tanto, su eficacia sobre la litis es mediata a través de otro proceso”³⁴⁰.

Se preserva o resguarda al efecto potencial del posible daño, lo que vale decir que se asegura el fin que se persigue con el proceso. La finalidad de estas providencias (que amparan la medida cautelar) es la de adelantar un estado de seguridad, de precaución, esto es, cautelar.

Por ello, Brice se adhiere a Calamandrei cuando considera que debe distinguirse este tipo de medidas con la denominación de “cautelares”, que ya, dentro del proceso respectivo, adquieren carácter instrumental o adjetivo, puesto que aquéllas no existirían de no tener lugar posteriormente una decisión jurisdicción definitiva, lo que deja ver la condición de subsidiariedad que le es peculiar³⁴¹.

Como indica Calamandrei estas medidas nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva³⁴².

Por tanto, proceso cautelar y medidas cautelares, implícitas y genéricamente denominadas cauciones por Jaime Guasp³⁴³, recordamos además la existencia de medidas que se decretan dentro del proceso cautelar, a la vez que hay otras que se adoptan en el mismo proceso definitivo o principal. El proceso cautelar presupone

³⁴⁰ Brice, Angel Francisco, “Medidas Preventivas...”, op. cit., p. 166.

³⁴¹ Ibidem, pp. 165-189.

³⁴² Carnelutti, Francesco, *Institución del Nuevo...*, op. cit., p. 380.

³⁴³ Brice, Angel Francisco, op. cit., p. 175.

necesariamente la incoacción del proceso definitivo, mientras que éste no presupone el proceso cautelar.

3.8. Naturaleza jurídica del proceso cautelar

Aunque en el procedimiento cautelar se deban distinguir las mismas fases que el procedimiento principal, como introducción, instrucción, decisión, impugnación, que aunque el fin es distinto, ya que el primero sigue lo rápido, y el segundo lo bien hecho.

El proceso declarativo y el ejecutivo, por su naturaleza, no se desarrollan en un corto tiempo. Lo anterior implica que surja el peligro de que, durante el curso de dichos procesos, tanto las personas como los objetos o cosas materiales, sujetas a proceso, se pierdan o desaparezcan, o bien sufran daños irreparables, lo que viene a ser el *periculum in mora*.

La urgencia, en materia cautelar, es el carácter del procedimiento; la provisoriedad es el carácter de la providencia; el proceso principal se reúne en la investigación de la verdad, el proceso cautelar busca la probabilidad, por ende, no puede llegar hasta el fondo, ya que de lo contrario, se confundiría con el proceso principal.

Señala Fiaren que “al hacerle frente a situaciones de riesgo por los distintos procesos, la legislación prevé la adopción de medidas cautelares adecuadas a cada caso concreto a prevenir. De allí que las medidas adoptadas en un proceso cautelar serán siempre respondiendo al momento en que se encuentra el mismo (*rebus sic stantibus*)”³⁴⁴.

Es de señalar que la base de los procesos cautelares se encuentra en la existencia de una presunción de buen derecho en el fondo del asunto, pero sin

³⁴⁴ Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992, p. 44. Las cosas así están. Estando así las cosas. Si las cosas están así. **Permanezcan las cosas así como están, en el estado actual de las cosas**. Locución muy usada en las relaciones diplomáticas, especialmente en los problemas sobre límites, para convenir que no se modifiquen las situaciones hasta la solución final.

prejuzar sobre el fondo, ya que no es el momento procesal para ello (*fumus boni iuris*).

Se autorizará el inicio del proceso, pero en cierta relación con el proceso inicial, en el cual si dentro de éste desaparece este supuesto, la medida cautelar adoptada puede desaparecer sin perjuicio de que si vuelve a surgir dentro del principal, torna a aparecer la medida cautelar, o bien una más acorde a la necesidad específica o concreta.

Por último, el proceso cautelar, en sí, consiste en una serie de situaciones jurídicas tendientes a prevenir y asegurar la cautela judicial, aportando los instrumentos necesarios para lograr dicha finalidad³⁴⁵.

Por ello, brinda al peticionario de la medida, garantizar provisionalmente su interés jurídico bajo el cuidado del órgano jurisdiccional, para una vez terminado proceso, o desaparecen las medidas adoptadas, o se transforman en definitivas, asentado el buen derecho en una sentencia firme.

También es adecuado señalar que el efecto del proceso cautelar no es la declaración de certeza de la pretensión o de la excepción en una relación jurídica, ya que no será el momento procesal para declararlo, sino el garantizar la futura tutela judicial.

Como se señalaba con antelación, la duración del proceso agrava las circunstancias de éste implica, en numerosas ocasiones, perjuicios una de las partes, al grado de debilitarla, por eso el fin es evitar una situación perjudicial, que consiste en empeorar la situación de la parte más necesitada.

³⁴⁵ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 241.

En tal virtud, como lo señala Carnelutti, el proceso cautelar en todas sus formas, “produce un inmediato cambio, al evitar aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”³⁴⁶.

Si cambia el estado de las cosas, por el desarrollo del proceso, ya sea declarativo o ejecutivo, el proceso cautelar, desde luego que tiene que cambiar, pero de manera limitada al estado de cosas que no han dejado de existir, pasándose a otra medida o a una mayor o menor intensidad de la anterior.

Por tanto, el proceso cautelar no tendrá como fin la declaración de certeza de la pretensión o de la excepción en una relación jurídica, ya que no será el momento procesal para declararlo, sino el garantizar la futura tutela judicial.

Una experiencia como se señala con antelación es la duración del proceso que agrave las circunstancias de éste, y que implica muchas de las veces, perjuicios a una de las partes, al grado de debilitarla, por eso el fin es evitar una situación perjudicial, que consiste en empeorar la situación de la parte más necesitada.

3.9. Las medidas cautelares en materia laboral

La Ley Federal del Trabajo prevé en su artículo 857 dos casos en los cuales puede decretarse la providencia cautelar, que es el arraigo, cuando exista temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y el secuestro provisional, que es cuando se presenta la necesidad de asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento, ante el riesgo de insolvencia³⁴⁷.

Es necesario explicar estas medidas cautelares laborales, las cuales atendiendo a su concepto, debemos señalar que existen legislaciones como la

³⁴⁶ Ibidem, p. 231.

³⁴⁷ Señala el artículo 857 de la Ley Federal del Trabajo que los Presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o los de las Especiales de las mismas, a petición de parte, podrán decretar las siguientes providencias cautelares: I. Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y, II. Secuestro provisional, cuando sea necesario asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento.

española y la argentina que dan un tratamiento al secuestro bajo su propia consideración y que para referencia trataremos, para conocer el fin que persigue y el porque se contempla de esa manera en nuestra legislación laboral.

Cabe señalar que respecto al secuestro provisional, este término se adopta por el de embargo precautorio que se encontraba en la Ley Federal del Trabajo de 1931, por lo que resulta importante realizar algunas consideraciones sobre dichos términos.

La medida cautelar sobre embargo, como señala Raúl Espinoza, el “embargo es una actuación judicial practicada por un ministro de fe, que consiste en tomar uno o más bienes del deudor, poniéndolos en poder de un depositario para asegurar con ellos el pago de la deuda”³⁴⁸.

González Mullin, citando a Caravantes ha dicho que “el embargo (cuando es preventivo), es entendido como la retención, ocupación o depósito que se verifica interinamente del todo o parte de los bienes del deudor, de quien se teme fundadamente los oculte o disipe, prohibiéndole que disponga de ellos para que sirvan de responsabilidad, o para atender las reclamaciones que va a presentar en juicio al acreedor o quien tiene derecho contra aquéllas personas o sus bienes”³⁴⁹.

Concluye precisando que una medida cautelar de carácter preventivo o conservatorio, no ejecutiva, tiende a garantizar la aplicación de la solución de una controversia judicial, y no a hacer efectivo un crédito. Es necesario señalar esta característica, que es de fundamental importancia en la apreciación correcta del individuo

³⁴⁸ Espinoza Fuentes, Raúl, *Manual de Derecho Procesal Civil (Juicio Ejecutivo)*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p.15. En México son conocidos éstos funcionarios como actuarios o ministros ejecutores en caso de embargos.

³⁴⁹ González Mullin, Enrique, “Notas Acerca del Secuestro o Embargo Preventivo”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, año X, 104, febrero, Montevideo, 1947, p. 67.

El embargo preventivo produce la inmovilización de los bienes. Retiene o conserva en poder del deudor, o a veces del acreedor o de un tercero, los bienes necesarios al cumplimiento de la obligación.

Espinoza Fuentes opina que “la sustitución del embargo sólo es admisible cuando se reemplaza el bien embargado por una cantidad líquida de dinero, y que no es lícito, sin consentimiento del acreedor, cambiar el embargo trabado sobre un bien del deudor, sobre otro bien del mismo, que no sea dinero”³⁵⁰.

Dentro de la doctrina, el secuestro, como figura específica, está destinado a practicarse cuando el objeto concreto del proceso principal busca la entrega de una cosa específica.

La principal diferencia entre el embargo y el secuestro es que por el segundo se desaposesiona al deudor de sus bienes, sean o no discutidos en el proceso principal, y por el embargo el deudor mantiene la posesión de los bienes afectados en calidad de depositario a menos que renuncie o se niegue a aceptar tal designación.

El secuestro siempre acompaña la privación física de los bienes del obligado, generalmente como consecuencia de la extracción material de los mismos, con su desarraigo, quitándole de las manos lo que es aún suyo pero que deberá abandonar, provisoriamente o no, para asegurar el cumplimiento de su obligación.

Brice cita a Feo, quien define el secuestro judicial como “la ocupación o aseguramiento por orden judicial, de las cosas y bienes litigiosos o sobre los que recae el litigio”³⁵¹.

³⁵⁰ Espinoza Fuentes, Raúl, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 220.

³⁵¹ Brice, Angel Francisco, *Medidas Preventivas...*, op. cit., p. 189.

El secuestro, en su forma prima y natural, sirve para garantizar la entrega específica de la cosa litigiosa, toda vez que la referida entrega es la finalidad del proceso definitivo.

Reimundin opina que “la autonomía del secuestro surge del fin que se propone y de las cosas que pueden ser objeto del mismo”. Añade que “el fin del secuestro es el de asegurar la integridad de la cosa secuestrada, distinguiendo el fin del embargo preventivo, que es el de afianzar al acreedor contra el peligro de no poder ser satisfecho en su crédito”³⁵².

Por el embargo se asegura también, de forma distinta, la indisponibilidad del bien, durante la sustanciación del proceso, a fin que la sentencia no resulte de cumplimiento imposible.

Doctrinalmente, se acepta que por la autonomía conceptual del secuestro se exige la concurrencia de algunos presupuestos: en primer lugar, que la cosa secuestrada sea la litigiosa y que se designe necesariamente un depositario o custodio, distinto al emplazado, que puede ser una institución oficial encargada de la custodia en estos casos, o una persona, ajena a la litis, que mejor convenga a la seguridad del bien depositado.

Reimundin que lo que “caracteriza al secuestro (como figura cautelar) es la reclamación que constituye el objeto concreto del proceso principal o definitivo, que busca siempre la entrega de una cosa específica, asumiendo una forma clásica, agrega el autor en el depósito judicial de la cosa mueble litigiosa”³⁵³.

El secuestro es mayoritariamente dirigido a cosas muebles, punto en donde cabría, pues justamente por la característica base del secuestro (la extracción de los

³⁵² Reimundin, Ricardo, “Las Medidas Cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Tomo XI, 22, La Plata, 1965, p. 95.

³⁵³ Idem.

bienes) debe ser dirigida contra bienes que puedan trasladarse de un lugar a otro, que no hallen arraigados o inamovibles.

En esta instancia, se trasluce una diferencia notable con el embargo: este permite la afectación de un inmueble y antes, por supuesto, de muebles, en donde, en este último, caso el deudor es, si lo acepta, el depositario de los bienes.

Otra diferencia se presenta en que en el secuestro el depositario siempre es un tercero; en el embargo puede ser el propio dueño de los bienes, sin afectar la tenencia o posesión del demandado.

Es claro que el proceso cautelar está constituido por una serie de actos procesales que conducen a la protección que brinda (luego del trámite correspondiente) de la medida cautelar, sea embargo, sea secuestro.

En este sentido, Mattiolo agrega observando “que el secuestro difiere esencialmente del embargo en el juicio ejecutivo por cuanto no es una medida ejecutiva, sino sólo conservatoria; por tanto, para obtener el secuestro no es necesario que el crédito esté respaldado por título ejecutivo o por una prueba cierta; bastará la apariencia de un buen fundamento, el llamado *fumus boni juris*, es decir, que sea argumento bastante para hacer creer en la existencia del crédito”³⁵⁴.

Concluimos señalando que el secuestro es la medida cautelar por la cual indefectible y necesariamente se desposesiona al obligado de sus bienes, extrayéndolos de donde se encontraren y sometiéndolos al cuidado de un depositario o persona ajena al proceso, y por excepción, puede ser el mismo demandado, previa fianza.

Providencia, precautoria y aseguramiento, como señalamos, no son otra cosa que el fin que se persigue por el promovente, previa orden o mandato dictado por el

³⁵⁴ Idem.

órgano judicial o administrativo, que determina la medida a aplicarse al caso en que exista urgencia o necesidad.

Explicada la justificación por lo que respecta a la palabra “medida”, misma que implica no solamente prevenir o enterar a alguien, atendiendo a la función jurisdiccional, sino que primeramente debe existir el ánimo del actor o futuro demandante, ante la necesidad manifiesta.

Entonces sí, se debe prevenir al órgano jurisdiccional correspondiente para que se tomen las medidas (disposiciones coercitivas) necesarias.

Es precisamente aquí donde se justifica el término, ya que la medida es llegar a un punto en el cual el demandante, ante el peligro de que su interés jurídico se vea perdido, no puede tolerar o esperar que transcurra el término procesal, y hasta en tanto se emita una resolución definitiva que decida sobre la cuestión en principal que se controvierte.

Por ende, el peticionario solicita al órgano administrativo que se autoricen medidas cautelares tendientes a garantizar el objeto litigioso, previos requisitos que se hayan cumplido por el futuro demandante, ante el riesgo de hacer nugatoria su pretensión.

Para concluir, y ahora con relación a la palabra “cautelar”, ésta deriva de la raíz latina *cautelam*, que significa “preventivo” y “precautorio”. Carnelutti establece que “cautela proviene de *cavere*, que significa, diligencia, previsión o precaución”³⁵⁵.

Retomando lo anotado con relación a la debida interpretación de la palabra “medidas”, no es más que la disposición u orden de la autoridad judicial o administrativa, que tiende a la realización de ciertos actos.

³⁵⁵ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 229

Ahora, entendido el significado de la palabra cautelar, siendo el origen de precaución y previsión, y siendo éstas, parte de las medidas cautelares, ya que son el fin que se persigue, el prevenir riesgos y evitar daños.

3.10. Objeto de las medidas cautelares en materia laboral

Entre la interposición de la demanda y la sentencia que se dicte por el órgano jurisdiccional, transcurrirá un período de tiempo relativamente largo, por lo que será significativo para el peticionario o accionante, el tener una resolución favorable.

Dice Climent Beltrán que las providencias cautelares señaladas en el artículo 857 de la Ley Federal del Trabajo, tienen como “finalidad garantizar un derecho incierto relativo a las pretensiones contenidas en la demanda, a fin de evitar que en caso de obtener un resultado favorable en el juicio laboral, el laudo no pueda ejecutarse”³⁵⁶.

Ante ello, es conveniente que tenga lugar una resolución provisional y, en su momento definitiva, donde se asegure la efectividad de la resolución; sin embargo, de faltar el mecanismo de aseguramiento, la ejecución de la sentencia se verá frustrada como consecuencia de algún evento ocasional o de algún acto fraudulento del demandado, que implicaría perder la garantía de la ejecutabilidad de la sentencia.

Por ende, es loable la preocupación que tuvo el legislador al haber creado, por influencia de la doctrina y la intensa actividad judicial, una serie de medidas tendientes a prevenir dicho riesgo, dando al demandante la facultad de poner en marcha a la autoridad judicial o administrativa y dotándose de amplios poderes al juzgador para que brinde la tutela cautelar que se requiera³⁵⁷.

Como bien lo anticipa Ovalle Favela, los presupuestos de las medidas cautelares veremos “prevén la necesidad de evitar el peligro de un derecho por el

³⁵⁶ Climent Beltran, Juan B., *Ley Federal de...*, op. cit., p. 548.

³⁵⁷ Fuentes Camacho, Víctor, *Las Medidas Provisionales...*, op. cit., p. 16.

retardo que implica el pronunciamiento de la sentencia definitiva (*periculum in mora*), pero normalmente requiere que quien la solicita acredite, al menos la apariencia del derecho, es decir, *fumus boni iuris*³⁵⁸.

Respecto a este último comentario Fairén Guillén señala que en un proceso cautelar, al no desarrollarse en un lapso de tiempo corto un proceso declarativo o ejecutivo, hace que aparezca el peligro de que durante el curso de los mismos, “la persona o cosa sujeto material sufran daños, o incluso desaparezcan”³⁵⁹.

Por lo que se refiere al *periculum in mora*, señala Fiaren que “es preciso indicar que ello denota la necesaria base misma de los procesos cautelares, puesto que aquella se haya en la existencia de una sospecha de buen derecho en el fondo” (*fumus boni iuris*), ya que como se ha mencionado, “el peticionario intenta prevenir y no después lamentar, ante la posibilidad de que la sentencia que se llegase a dictar sea de imposible cumplimiento”³⁶⁰.

Con la expresión medidas cautelares o tutela cautelar se alude a la serie de instrumentos con que el ordenamiento jurídico protege de manera provisional y preventiva, la integridad de un derecho, cuya existencia se discute en un proceso, mientras que dure ese proceso.

Las medidas cautelares suponen, una cierta apreciación anticipada sobre el fondo del asunto, por cuanto a los efectos de determinar si es viable o debe adoptarse, o bien si resultan innecesarias por el tribunal al que hayan sido promovidas, sin embargo dicho órgano se verá impedido de adentrarse, aunque sea de manera superficial al estudio del litigio en lo principal.

Por ende, la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo sea factor que implique que el derecho del peticionario se vea imposibilitado de ejecutar,

³⁵⁸ Ovalle Favela, José, *Teoría General...*, op. cit., p. 170.

³⁵⁹ Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General...*, op. cit., p. 44.

³⁶⁰ Idem.

se busca que se asegure el cumplimiento de la condena, despejando los temores del peticionario.

Establece Roland Arazi que “debe existir correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida, esto es así en lo que se podría denominar las medidas cautelares en sentido estricto, por lo que si se encuentran reunidos los requisitos para la adopción de las medidas cautelares el órgano jurisdiccional tiene que acordar la procedencia de éstas a fin de evitar un daño irreparable”³⁶¹.

La tutela cautelar es una garantía de la eficacia de las resoluciones judiciales, por lo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que recaiga en el proceso en que se dicte la resolución definitiva que ponga fin.

El anterior resultado parece fácil, pero no lo es, ya que requiere que para que se autorice por la autoridad jurisdiccional determinada medida es necesario que se den los presupuestos de las medidas cautelares³⁶².

Por lo dicho, debemos considerar que ante la demora de los procesos laborales, lo que muchas de las veces llega a ocurrir por la naturaleza misma de los conflictos que se llegan a presentar, donde los desahogos de pruebas, o los remedios procesales que se interponen por los demandados con tal de ganar tiempo, ocurre ante esto la desesperación de los trabajadores y la complicación de los procedimientos para las Juntas de Conciliación.

Por tanto, emulando a Carnelutti, podemos señalar que el objeto del proceso cautelar laboral implica que éste no existirá, sino como un medio para llegar al

³⁶¹ Arazi, Roland, *Medidas...*, op. cit., p. 5.

³⁶² Fernández Ballesteros, Miguel Angel, *et. al, Comentarios a la Nueva Ley de...*, op. cit., p. 3260. Establece el tratadista que “la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) tiene elementos suficientes como para entender que acoge una forma de entender las medidas cautelares clásicas, circunscrita a su tradicional función de asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena. Pero a la vez hay también razones para entender que posibilita o tolera una forma mucho más amplia y agresiva de concebir las medidas cautelares: la que entiende que, con la técnica de las medidas cautelares, puede adelantarse al inicio del proceso – a veces en su totalidad – la ejecución de la sentencia condenatoria que tal vez se dice terminada su sustanciación”.

principal, es por ello, que el proceso cautelar laboral permitirá acelerar los procedimientos ordinarios o especiales, dependiendo el conflicto de que se trate.

Ante el acreditamiento de los presupuestos que llegue a contemplar la Ley Federal del Trabajo, sobre la apariencia del buen derecho y el peligro de la demora, permitirá agilizar el proceso laboral, toda vez, que la parte patronal buscará una solución al conflicto de que se trate.

Por tanto, es necesario, dar un nuevo tratamiento a la Ley Federal del Trabajo para con ello conseguir una tutela cautelar efectiva, dando paso a la tutela judicial efectiva atento a los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Política.

3.11. Naturaleza jurídica del proceso cautelar laboral

Es de señalar que la base de los procesos cautelares se encuentra en la existencia de una presunción de buen derecho en el fondo del asunto, pero sin prejuzgar sobre el fondo, ya que no es el momento procesal para ello (*fumus boni iuris*).

Se autorizará el inicio del proceso, pero en cierta relación con el proceso inicial, en el cual si dentro de éste desaparece este supuesto, la medida cautelar adoptada puede desaparecer sin perjuicio de que si vuelve a surgir dentro del principal, torna a aparecer la medida cautelar, o bien una mas acorde a la necesidad.

Por último, el proceso cautelar en sí, consiste en una serie de situaciones jurídicas tendientes a prevenir y asegurar la cautela judicial, aportando los instrumentos necesarios para lograr dicha finalidad.

Es por ello que, en materia laboral y como en otras materias que se analizaron, se brinda al peticionario de la medida, garantizar provisionalmente su interés jurídico bajo el cuidado del órgano jurisdiccional, para una vez terminado proceso, o

desaparecen las medidas adoptadas, o se transforman en definitivas, asentado el buen derecho en una sentencia firme.

El proceso cautelar junto al proceso declarativo y ejecutivo, es diverso porque su fin no es la integración de la litis.

Asimismo, el proceso cautelar laboral tiene como efecto no la declaración de certeza de la pretensión o de la excepción en una relación jurídica, ya que no será el momento procesal para declararlo, sino el garantizar la futura tutela judicial.

Una experiencia como se señalaba con antelación es la duración del proceso laboral, que agrava las circunstancias de éste y que implica muchas de las veces perjuicios al trabajador, al grado de debilitarla, por eso el fin es evitar una situación perjudicial, que consiste en empeorar la situación de la parte más necesitada.

Como lo señala Carnelutti, el proceso cautelar en todas sus formas, “produce un inmediato cambio, al evitar aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”³⁶³.

Es por ello, que en materia laboral el proceso cautelar producirá un radical cambio en las partes, principalmente en el demandado quien ante cualquier otra cosa, tendrá la necesidad de acudir inmediatamente a juicio a oponerse contra las medidas cautelares autorizadas.

Propiciándose además, que las Juntas de Conciliación se encuentren con más herramientas de trabajo que modernicen su función en aras de una mejor impartición de justicia laboral.

³⁶³ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 231.

3.12. Procedimiento actual de las providencias cautelares en la LFT

Una vez desarrollado el proceso laboral, lo que nos permitió conocer su variable sobre el proceso cautelar, nos encontramos con la situación que en la actualidad dicho proceso a quedado anacrónico y al margen de la teoría general del derecho procesal.

Como podemos observar en la Ley Federal del Trabajo se conoce a las medidas cautelares como providencias cautelares, termino que ha sido superado y que como otras legislaciones no existe una uniformidad en el concepto de medidas cautelares³⁶⁴.

Por otra parte, encontramos en la Ley laboral que no existe una debida regulación a su procedimiento, en virtud de que existe una dispersión de normas y de supuestos jurídicos que deben observarse para la impugnación por parte de quien fue afectado con la adopción de medidas cautelares.

El proceso cautelar laboral representa una situación muy compleja, tanto en su trámite incidental (siendo una vía sumaria para resolver sobre la adopción de medidas cautelares y su oposición), como en que no se precisan sus características y la precisión de los presupuestos de las medidas cautelares.

Quedó señalado que las medidas cautelares, o providencias como lo maneja la legislación laboral, tienen como finalidad asegurar de manera provisional, una futura resolución que le sea favorable al trabajador.

Sin embargo resulta necesario que expliquemos como se tramitan de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo las medidas cautelares, debiendo comenzar por su referente normativo, por lo que el capítulo XV de dicha legislación señala el trámite de las providencias cautelares.

³⁶⁴ Tema que fue abordado en el Capítulo Primero en el tema 1.2. relativo a la denominación de dicha figura procesal.

Como ya lo mencionamos con antelación sólo existen dos medidas cautelares en materia laboral que es el arraigo y el secuestro³⁶⁵, por lo que partiendo de estas medidas los trabajadores pueden solicitar una o ambas a la vez, donde los Presidentes de las Juntas podrán decretarlas.

El artículo 858 de la legislación laboral establece que para solicitar las medidas cautelares, podrá hacerse al presentar la demanda o posteriormente. En el primer caso se tramitarán previamente al emplazamiento, en ambos casos se tramitará por cuerda separada.

Podemos observar que el tramite debe llevarse de manera incidental bajo sus propias reglas y procedimiento como lo veremos más adelante, tanto antes de llevar a cabo el emplazamiento, como después de iniciado el proceso cognitivo³⁶⁶.

Sin embargo, el problema no se encuentra en los casos, que prevé la ley laboral (que desde luego puede dejarse la posibilidad de tener otras medidas) para la adopción de las providencias cautelares, sino en su procedimiento.

Por otra parte, el remedio procesal previsto a favor de la parte contra quien se decretó la providencia así como las sanciones que establece la citada legislación, que se regula en el artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo, nos parece desfasado para lo que las medidas cautelares representan³⁶⁷.

Al realizarse la solicitud sobre petición de providencias cautelares, en tratándose del arraigo, el artículo 859 de la ley en comento, éste se decretará de plano y su efecto consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del

³⁶⁵ Abundamos sobre estas medidas cautelares en el tema 3.9., donde fueron explicadas.

³⁶⁶ Sin embargo resulta importante resaltar que la Ley Federal del Trabajo ante la omisión de señalar que deberá tramitarse bajo las reglas de un incidente es necesario remitirnos a la tramitación de los incidentes en general, situación que no es la más adecuada, ya que lo importante es que se desarrolle un procedimiento dentro del cual, acordadas por el Presidente de la Junta las medidas cautelares, se de paso a una etapa de resistencia por el demandado para oponerse a la autorización de las medidas.

³⁶⁷ Es importante indicar que este tema sobre el remedio procesal que consideramos necesario para integrar un verdadero procedimiento contencioso será analizado en el capítulo cuatro.

lugar de su residencia, sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado³⁶⁸.

Para proceder a su adopción, de acuerdo a como lo contempla la ley, bastará que se solicite, y el Presidente haciendo uso de su facultad de discreción acordará de plano. Sin embargo, no menciona la ley si se tiene que probar por el peticionario de las medidas cautelares la necesidad de éstas pero consideramos que será suficiente una testimonial o documental, para acreditar la medida.

Por su parte el artículo 860 de la Ley obrera señala un apercibimiento para el caso de que el futuro demandado no acate la medida cautelar sobre el arraigo lo que ocasionará que sea sujeto a una responsabilidad penal³⁶⁹. Situación que raras veces se presenta, porque como señalábamos el proceso cautelar a quedado en desuso.

Consideramos que las reglas que se han ido adoptando al proceso cautelar laboral ante las lagunas que existe en la Ley Federal del Trabajo, han venido a entorpecer su procedimiento y más aun que no existan trabajos al respecto, ya que muchos criterios que se han utilizado ante las Juntas de Conciliación han sido producto de los Tribunales Federales ante la falta de normas claras en la Ley laboral.

En cambio, para el secuestro provisional se sigue prácticamente un procedimiento incidental, mismo que se inicia con la solicitud del peticionario, determinando el monto de lo demandado y se rendirán las pruebas que juzgue

³⁶⁸ Con el término prevenir al demandado para que no se ausente del lugar de su residencia, implica que éste no estará obligado a sujetar su residencia al lugar del juicio, cuando viva en un lugar distinto. Por otra parte, el arraigo es inaplicable cuando la demandada sea una persona moral o jurídica, lo que en las empresas comprende la mayoría de los casos, pues los administradores o gerentes, quienes personifican jurídicamente la actuación de las mismas, son sus representantes, pero no son partes en el juicio, y por tanto no pueden ser arraigados, por ende la existencia de la propia empresa supone un patrimonio que hace innecesario el arraigo. En este sentido, una persona física podrá ausentarse sólo dejando un apoderado con facultades suficientes para seguir plenamente el juicio y dotado de los recursos económicos necesarios para cumplir la eventual condena.

³⁶⁹ Señala el artículo: la persona que quebrante el arraigo decretado, será responsable del delito de desobediencia a un mandato de autoridad. Para este efecto, el Presidente de la Junta hará la denuncia respectiva ante el Ministerio Público respectivo.

conveniente para acreditar la necesidad de la medida, que en todos los casos son la prueba testimonial o documentos³⁷⁰.

Para ello, el artículo 861 de la Ley Federal del Trabajo establece que el Presidente de la Junta, tomando en consideración las circunstancias del caso y las pruebas rendidas, dentro de las veinticuatro horas siguientes podrá decretar el secuestro provisional, determinando el monto por el cual deba practicarse el secuestro, debiendo dicho funcionario dictar las medidas a que se ajustará éste, con el fin de que no se suspenda o dificulte el desarrollo de las actividades de la empresa o establecimiento.

Podemos observar que los Presidentes tomando en consideración las circunstancias de la petición de medidas cautelares determinarán si se autorizan o se niegan, desde luego, una vez desahogadas las pruebas para acreditar la necesidad de la medida, pero el problema no estriba en su autorización, ya que por lo general se autorizan, pues basta con desahogar las pruebas toda vez que no existe resistencia de momento por la persona contra quien se adoptarán.

El proceso cautelar laboral, debemos recordar, no existe por sí mismo, sino en relación al proceso de cognición o de ejecución, ante esto se le ha reconocido, de esta manera, su carácter instrumental.

Por tal motivo, en la materia laboral, el proceso cautelar se inicia a petición del interesado que plantea una necesidad, ante el peligro futuro de no poder ejecutar un laudo que le sea favorable; sin embargo, nuestra ley laboral, presenta dificultades.

Como se ha ido analizando, podemos darnos cuenta que no la Ley Federal del Trabajo no menciona siquiera las características de las medidas cautelares, las cuales considero necesarias para justificar el proceso cautelar que debe existir en dicho cuerpo normativo.

³⁷⁰ Respecto a documentos pueden ser prueba idónea y suficiente copias certificadas de expedientes o juicios tramitados ante otras autoridades administrativas o judiciales.

Si bien es cierto, que de acuerdo a la teoría general del proceso y a la naturaleza del derecho laboral es de entenderse que se encuentran implícitas también lo es que resulta indispensable que la norma lo señale, pues de lo contrario nos encontramos ante un acto jurídico viciado.

Así, de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, se utiliza la vía incidental, para que a través de su trámite se logre la concesión de la providencia solicitada, que en este caso, es para el secuestro provisional de acuerdo al artículo 861 del ordenamiento legal. Para el arraigo no hay un procedimiento propiamente dicho, dado que éste se decreta de plano por el Presidente, tal como lo hemos visto con antelación.

Nos podemos dar cuenta, que necesariamente tenemos que recurrir a la vía incidental toda vez que no se contempla otro procedimiento, ya que de lo contrario se propiciaría que se dar inició a un procedimiento contencioso que además sería conciliatorio, además en el capítulo cuarto señalaremos la necesidad de que se cuente con el remedio procesal tendiente a atacar las medidas cautelares que se autoricen y que entre otras consecuencias puede decretarse la nulidad.

El proceso cautelar no concluye con la concesión de la providencia solicitada, la mera solicitud es el inicio del procedimiento cautelar, y que tanto el arraigo y el secuestro provisional, se seguirán por cuerda separada, en virtud de que se presentará la etapa contenciosa, misma que iniciará al momento de que la persona contra quien se dictó la providencia se opone a la providencia autorizada.

Es de precisar que, en tratándose del arraigo, no se siguen reglas parecidas al secuestro como lo dispone el artículo 861 de la Ley Federal del Trabajo, esto es, el trámite para su adopción, por lo que no se aplica de manera analógica, ya que el arraigo se decreta de plano.

Además, de que las pretensiones y excepciones, refiriéndonos al proceso cognitivo, incumbe al actor y demandado; en el proceso cautelar, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, así como la resistencia a la providencia, incumbe al peticionario y al opositor, respecto al proceso cognitivo o ejecutivo.

La Ley Federal del Trabajo no contempla los presupuestos de las medidas cautelares, lo cual es el alma del proceso cautelar, ya que sin su acreditamiento por parte del solicitante no se pueden autorizar medidas cautelares, y de ser así, pueden estas ser nulas por falta de presupuestos, ocasionando que el acto jurídico este viciado.

Se debe aclarar que el hecho de que se adopte una determinada medida cautelar no significa que ésta va a prevalecer hasta que se dicte el laudo, dejando en estado de indefensión a la parte contra quien se adoptó. Al contrario, de acuerdo a lo dispuesto en la ley laboral, se iniciará la revisión de los actos de Presidentes de las Juntas y actuarios, con lo cual no estamos de acuerdo, ya que este remedio procesal, como se acreditará, adolece de dificultades técnicas y procesales³⁷¹.

Ante ello, se establece en el artículo 850 de la Ley del Trabajo que de la revisión conocerá la Junta de Conciliación o la Especial, cuando se trate de actos de los Presidentes de las mismas; el Presidente cuando se trate de actuarios o funcionarios legalmente habilitados, y el Pleno de la Junta de Conciliación y Arbitraje, cuando se trate de actos del Presidente de la misma.

Si observamos, resulta indispensable que para que la Ley Federal del Trabajo cuente con un verdadero proceso cautelar se requiere que la parte contra quien se adoptaron medidas cautelares cuente con una herramienta de defensa contra las

³⁷¹ El artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo, señala que la revisión procede contra actos de los Presidentes, actuarios o funcionarios legalmente habilitados, en ejecución de los laudos, convenios, de las resoluciones que ponen fin a las tercerías y de los dictados en las providencias cautelares, procede la revisión. Como hemos señalado, en el capítulo cuarto abundaremos más en este tema ya que el mal llamado recurso de revisión no debe adoptarse para impugnar las medidas cautelares autorizadas por el Presidente, ya que las medidas cautelares deben contar con uno propio atendiendo a su naturaleza procesal, lo cual trataremos más adelante.

medidas cautelares que se adoptaron, y que entre otras consecuencias pueda anularlas, ante la falta de observancia de los presupuestos de éstas³⁷².

Por tanto, no es posible que la actual legislación laboral traiga de salto en salto a quienes requieran de la consulta de las medidas cautelares, ante la falta sistemática de un proceso cautelar debidamente estructurado que facilite un debido procedimiento por parte del ordenamiento laboral.

Por ende, resultará importante, justificar de que la ley laboral, adolece de lagunas en el trámite de las providencias cautelares, por lo que es necesario establecer una uniformidad en su procedimiento cautelar.

3.13. Conclusiones

El derecho procesal del trabajo se integra de principios procesales, los cuales vienen a resultar la base o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso. Por tanto, el derecho procesal laboral, se integra de una serie de actos mediante los cuales se permite llegar a una decisión que ponga fin a un conflicto, llámese individual o colectivo

Por ende, el proceso resulta ser el único medio, pacífico e imparcial para resolver conflictos de intereses, cuando han sido vulneradas normas de carácter público, lo que obliga acudir a la jurisdicción para que, por medio de sus órganos, se resuelva dicho conflicto, mismo que atañe a la sociedad, pues se ponen en entredicho los valores de tranquilidad, paz y seguridad.

Desarrollado un proceso por sus causas legales, llega a suceder de que demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia que al final venga a conceder la satisfacción al actor.

³⁷² Este tema será analizado en el capítulo cinco.

Por ello, la importancia de que las medidas cautelares que se lleguen a adoptar, permitan afectar, de manera provisional, el patrimonio del demandado, de forma adecuada y suficiente, para lograr tal finalidad, ante el riesgo del retraso con que viene acompañada la tutela judicial definitiva.

Es por esto que resulta necesario, que ante la tardanza de los procedimientos laborales, el procedimiento cautelar sea una herramienta procesal importante en la celeridad del proceso del trabajo, sobre todo, ante los riesgos que implica la prolongación de los citados procedimientos propiciando que un derecho reconocido por la ley no pueda ser ejecutado, implicando que se dificulte la efectividad del laudo.

Dada esa importancia, las medidas cautelares en el ámbito laboral tienden a garantizar un derecho incierto relativo a las pretensiones del actor, donde se acrediten los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro por la demora; sin embargo, consideró que el trámite actual que prevé la Ley Federal del Trabajo resulta demasiado complejo y confuso, por el desorden que existe entre la solicitud de las medidas, su otorgamiento y su oposición por parte de la persona contra quien se adoptaron las medidas.

Esta es la parte que también nos representa un especial interés y que corresponde a la oposición a las medidas, por parte del patrón afectado por las medidas adoptadas, y que se traduce en una especie de contestación. Por ende, este procedimiento corresponde al de los incidentes en general, pero con diferente denominación como ocurre con el código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, por citar como ejemplos en donde la reclamación se tramitará en forma incidental.

La Ley Federal del Trabajo prevé en su artículo 857 dos casos en los cuales puede decretarse la providencia cautelar, que es el arraigo, cuando exista temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y el secuestro provisional, que es cuando se presenta la necesidad de

asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento, ante el riesgo de insolvencia.

El acreditar los presupuestos que llegue a contemplar la Ley Federal del Trabajo, sobre la apariencia del buen derecho y el peligro de la demora, permitirá agilizar el proceso laboral, toda vez, que la parte patronal buscará una solución al conflicto de que se trate, además se dará certidumbre y seguridad a la adopción de las medidas.

Es necesario dar un nuevo tratamiento a la Ley Federal del Trabajo para con ello conseguir una tutela cautelar efectiva, dando paso a la tutela judicial efectiva atento a los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Política. Por otra parte, encontramos en la Ley laboral que no existe una debida regulación a su procedimiento, en virtud de que existe una dispersión de normas y de supuestos jurídicos que deben observarse para la impugnación por parte de quien fue afectado con la adopción de medidas cautelares.

El proceso cautelar laboral, como se encuentra actualmente, representa una situación muy compleja, tanto en su trámite incidental (siendo una vía sumaria para resolver sobre la adopción de medidas cautelares y su oposición), como en que no se precisan sus características y la precisión de los presupuestos de las medidas cautelares.

El remedio procesal previsto a favor de la parte contra quien se decretó la providencia así como las sanciones que establece la citada legislación, que se regula en el artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo, nos parece desfasado para lo que las medidas cautelares representan. Al realizarse la solicitud sobre petición de providencias cautelares, en tratándose del arraigo, el artículo 859 de la ley en comento, éste se decretará de plano y su efecto consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar de su residencia, sin dejar representante legítimo.

Para que se autoricen actualmente las medidas cautelares en materia laboral de acuerdo a como lo contempla la ley, bastará que se solicite, y el Presidente haciendo uso de su facultad de discreción acordará de plano. Sin embargo, no menciona la ley si se tiene que probar por el peticionario de las medidas cautelares la necesidad de éstas pero consideramos que será suficiente una testimonial o documental, para acreditar la medida.

Las reglas que se han ido adoptando al proceso cautelar laboral actual, ante las lagunas que existe en la Ley Federal del Trabajo, han venido a entorpecer su procedimiento y más aun que no existan trabajos al respecto, ya que muchos criterios que se han utilizado ante las Juntas de Conciliación han sido producto de los Tribunales Federales ante la falta de normas claras en la Ley laboral.

Para el secuestro provisional se sigue prácticamente un procedimiento incidental, mismo que se inicia con la solicitud del peticionario, determinando el monto de lo demandado y se rendirán las pruebas que juzgue conveniente para acreditar la necesidad de la medida, que en todos los casos son la prueba testimonial o documentos. Los Presidentes de las Juntas, tomando en consideración las circunstancias del caso y las pruebas rendidas, dentro de las veinticuatro horas siguientes podrán decretar el secuestro provisional, determinando el monto por el cual deba practicarse el secuestro.

Necesariamente tenemos que recurrir a la vía incidental para el tramite de las medidas cautelares, toda vez que no se contempla otro procedimiento, ya que de lo contrario se propiciaría que se dar inició a un procedimiento contencioso que además sería conciliatorio, además en el capítulo cuarto señalaremos la necesidad de que se cuente con el remedio procesal tendiente a atacar las medidas cautelares que se autoricen y que entre otras consecuencias puede decretarse la nulidad.

El proceso cautelar no concluye con la concesión de la providencia solicitada, la mera solicitud es el inicio del procedimiento cautelar, y que tanto el arraigo y el

secuestro provisional, se seguirán por cuerda separada, en virtud de que se presentará la etapa contenciosa, misma que iniciará al momento de que la persona contra quien se dictó la providencia se opone a la providencia autorizada.

CAPÍTULO CUATRO

La oposición a las medidas cautelares en el derecho laboral

SUMARIO: 4.1. Los conflictos laborales; 4.2. Los medios de impugnación laborales; 4.3. Los recursos; 4.4. Clasificación de los recursos; 4.5. Los incidentes; 4.6. Finalidad del incidente; 4.7. Incidentes de previo y especial pronunciamiento y por cuerda separada; 4.8. El incidente de nulidad; 4.9. El incidente de falta de personalidad y personería; 4.10. Incidente de incompetencia; 4.11. Incidente de recusación; 4.12. Tramitación incidental laboral y civil; 4.13. El incidente de reclamación en el proceso cautelar civil; 4.14. Distinción entre recursos y medio de impugnación; 4.15. Los incidentes en el derecho laboral; 4.16. Clasificación de los incidentes laborales; 4.17. Trámite de los incidentes en materia laboral; 4.18. La revisión en material laboral; 4.19. El incidente en el nuevo procedimiento cautelar laboral; 4.20. El aviso de rescisión como medida cautelar laboral; 4.20.1. Causas de rescisión previstas en la Ley Federal del Trabajo; 4.20.2. Trámite del aviso de rescisión; 4.20.3. El aviso de rescisión cautelar; 4.20.4. Reforma al artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo con respecto al aviso de rescisión; 4.21. Conclusiones.

4.1. Los conflictos laborales

Después de estudiar el proceso como relación jurídica procesal³⁷³, vimos que ésta no se desarrolla arbitrariamente, sino con sujeción a un ordenamiento legal que determina las facultades y las cargas que a cada sujeto le corresponde.

El proceso se desarrolla dentro de un contexto en el cual participan los sujetos que integran la relación procesal, siguiendo atentos al objeto motivo del conflicto ventilado ante un órgano de Estado, el cual determinará si se satisface o no un interés jurídico³⁷⁴.

Sin embargo, la actuación de la autoridad se encamina a velar porque exista un proceso apegado a las normas procesales jurídicas, que cuando no se ajusta a éstas se puede impugnar la resolución que dicte.³⁷⁵

³⁷³ Desarrollado en el capítulo tercero en el tema 3.3., lo que nos permitió establecer que el dicha relación implica la cooperación de varias voluntades, en encaminadas a un fin jurídico.

³⁷⁴ Fiaren Guillén, Víctor, *Teoría General...*, op. cit., p. 22. Refiere este autor que en “la satisfacción y en su par dialéctico, la insatisfacción, podemos distinguir su parte estática y su parte dinámica; estáticamente hallaremos tres elementos en la satisfacción: 1. El sujeto descontento, insatisfecho, que pide algo en su favor; 2. El satisfactor, el que ordena la satisfacción y su puesta en práctica (juez o Junta de Conciliación en laudos), y, 3. El satisficente que es el invitado a actuar (o no actuar) para satisfacer al primero. Y dinámicamente, estos elementos personales se combinan entre sí: 1. Una actuación del insatisfecho, reclamando que se le satisfaga (mediante acción, y tras ella, la pretensión); 2. Una actuación dinámica del satisfactor, ordenando la satisfacción y su puesta en práctica (su ejecución), y, 3. Una actuación del sujeto al que se ha impuesto el satisfacer por acto del juez, a favor del anterior satisfecho. Visto esto podemos señalar que el satisfactor (juez) a quien corresponde la potestad de ordenar que se otorgue la satisfacción del actor (pretensión) o la del demandado (resistencia, pretensión contraria podría llamarse)”.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 24. En este sentido refiere el tratadista Fairén Guillen que “desde el punto de vista dinámico, la actuación del satisfacer (del juez) debe ser consecuente con la relación satisfacción-interés más digno de protección jurídica; esto es, debe

En el caso del proceso laboral el artículo 604 de la Ley Federal del Trabajo establece que tipo de conflictos pueden presentarse ante las Juntas laborales, tanto federales como locales, éstas últimas de acuerdo al artículo 621³⁷⁶.

Del artículo 604 de la Ley Laboral se desprenden conflictos obrero-patronales; ínter obreros e ínter patronales. Por ende, el conflicto cuando se plantea ante las Juntas, adquiere el carácter de litigio, como conflicto de intereses.

4.2. Los medios de impugnación laborales

La actuación de la autoridad laboral se encamina a velar por que exista un proceso apegado a las normas procesales jurídicas. En caso de que no se ajuste a éstas se puede impugnar la resolución que se dicte.

Para lo cual, la norma prevé el uso de dos medios de impugnación fundamentales, que son los recursos, los cuales permiten un nuevo examen de la resolución; el incidente de nulidad de actuaciones, el cual priva de eficacia a las actuaciones y resoluciones.

En todo proceso debe reglamentarse un medio de impugnar las actuaciones y omisiones del órgano jurisdiccional, como principio de seguridad jurídica. Sin embargo, no se deberá creer que combatir una actuación u omisión del juez va en contra de la justicia porque alarga el proceso, ya que así como el juzgador comete errores, las partes son sensibles a ellos, por los intereses que están en juego.

Por tal motivo, la Ley hace necesario reglamentar medios para atacar los actos u omisiones del órgano jurisdiccional. Ante ello, refiere Kelley que por “medio de impugnación debe entenderse de acuerdo a sus orígenes latinos, *impugnare*, que

examinar si la pretensión o la resistencia están bien fundadas y, por lo tanto, si procede acordar y ordenar a favor de una o de la otra (proceso de cognición); y posteriormente, la actuación impuesta al satisfaciente (que puede ser cualquiera de las dos partes; la que mejor prueba su interés) por la aplicación de la norma jurídica (o metajurídica) a los hechos, la cual puede ser a su vez, resignante o forzosamente coactiva, según los casos (proceso ejecutivo) o preventivo (proceso cautelar)”.

³⁷⁶ Establece la Ley Laboral que las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje funcionarán en cada una de las Entidades Federativas. Les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo que no sean de la competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

significa combatir, refutar, contradecir”.³⁷⁷

Los medios de impugnación, son los “procedimientos a través de los cuales se combate la validez o legalidad de los actos u omisiones del órgano jurisdiccional”³⁷⁸.

De acuerdo al principio general de impugnación, “las partes deben contar con los medios para combatir las resoluciones de los tribunales, si éstas son incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares o pronunciadas sin apego a derecho”.

Así, el derecho adjetivo prevé los instrumentos procesales para provocar un control sobre la decisión del juez, y este control está encomendado a un juez diverso de aquél que ha emitido el pronunciamiento impugnado.

La teoría general del proceso sólo puede enfocar el tema de los medios de impugnación, advirtiéndole que éstos son recursos, procedimiento, instancias o acciones, reconocidas a favor de las partes para que éstas puedan combatir los actos o resoluciones de los tribunales, “cuando éstos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustos”³⁷⁹.

4.3. Los recursos

Para poder justificar que la Ley Federal del Trabajo debe adoptar un adecuado proceso cautelar, necesitamos comenzar por comprender el mecanismo de oposición que tenga a su alcance el futuro demandado, para lo cual debemos comenzar con analizar los recursos.

Llamase, según Fiaren, recursos a “los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Su fundamento reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad

³⁷⁷ Kelley Hernández, Santiago A., *Teoría del Derecho Procesal*, tercera edición, Porrúa, México, 2001, p. 165.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 166.

³⁷⁹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General...*, op. cit. p. 299.

de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada³⁸⁰, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta³⁸¹.

Los recursos, son los medios de impugnación que la norma adjetiva establece a favor de las partes o terceros, cuya finalidad es obtener la revocación o modificación de una resolución jurisdiccional³⁸².

Entre los germanos, el recurso de apelación era desconocido, porque siendo la sentencia una expresión de la voluntad divina, “aquella no podía ser injusta, porque la divinidad no podía equivocarse”³⁸³.

En la legislación española de los primeros tiempos, los recursos eran tanto más numerosos cuanto más “era la desconfianza de los jueces”³⁸⁴.

La tendencia actual es hacia la supresión de los recursos, en la misma medida que se fortalecen las facultades del juez, y halla su expresión máxima en el establecimiento de la instancia única, como acontece en las Juntas de Conciliación y Arbitraje³⁸⁵.

De lo expuesto, se concluye que la consecuencia inicial de la interposición de un recurso es impedir que la resolución produzca sus efectos normales. Por ello la necesidad de establecer un límite en el tiempo para su ejercicio, pues en caso contrario, ni las interlocutorias adquirirían carácter preclusivo, ni las definitivas el de

³⁸⁰ Fairén Guillen, Víctor, *Teoría General...*, op. cit. p. 519. Indica este autor que la “Cosa Juzgada es el efecto que produce la sentencia firme (es decir, que ya es cosa juzgada formal, porque se refiere al interior del proceso) sobre el fondo y que irradia hacia el exterior. En sentido material impide teóricamente a las mismas partes la incoación de un nuevo proceso sobre el mismo objeto y basándose en los mismos hechos, que eran conocidos al tiempo en que pudieron alegarse, y a los jueces veda igualmente conocer y decidir en tal proceso. Este es el efecto negativo, que igualmente se produce en todo tipo de procesos; no así el positivo o de influencia de una sentencia firme sobre un segundo proceso, imponiendo al segundo tribunal, condicionar a la primera sentencia, la suya propia”.

³⁸¹ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Porrúa, México, 2000, p. 270. Precisa este doctrinario que “también podemos definir los recursos, como “los medios de impugnación que la Ley establece a favor de las partes o terceros, cuya finalidad es obtener la revocación o modificación de una resolución jurisdiccional”.

³⁸² Idem.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ Idem. Señala Vizcarra que “el verdadero recurso supone una resolución válida pero injusta”.

cosa juzgada; es decir que el avance del proceso no sería posible, ni la litis lograría solución definitiva³⁸⁶.

La consecuencia procesal que se despliega al plantear un recurso, es impedir que la resolución produzca sus efectos normales. Por eso se presenta la necesidad de señalar un límite para su ejercicio, ya que con ello se adquiere el carácter preclusivo, por tal, eso produce la caducidad del derecho.

La concesión o denegación de un recurso no puede quedar al arbitrio del juez, pues éste podría negarlo, o bien evitar que el superior dictase un pronunciamiento contrario. Los recursos implican tiempo para su tramitación, además de que es un tribunal distinto el que lo pronuncia.

En consecuencia, la ley puede permitir otros recursos, los cuales hacen posible que el juez que dictó la providencia enmendar su propio error, como el de revocación, o fijar el alcance de su pronunciamiento que es el de aclaración, o bien reparar el agravio como el de apelación³⁸⁷.

4.4. Clasificación de los recursos

De acuerdo a la clasificación que propone Vizcarra Dávalos, señala que existen una serie de recursos que pueden ser descritos de la siguiente manera:

a) Recursos ordinarios, que son los que la Ley procesal concede en situaciones normales durante la tramitación del proceso, incluso en ejecución de sentencia³⁸⁸.

b) Recursos extraordinarios, que son los que la Ley concede en casos

³⁸⁶ Ibidem, p. 271.

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ En materia laboral tenemos los incidentes que se prevén en el artículo 762, que indica el de nulidad, competencia, personalidad, acumulación y excusas, mismos que serán tratados en este mismo capítulo. Además en ejecución de sentencia se cuenta con la revisión, mismo que se establece en el artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo y del cual hemos comentado en el capítulo tercero, pero que será parte de nuestro estudio en el presente capítulo, pues se critica esta forma de impugnación para las medidas cautelares.

excepcionales y en condiciones expresamente determinadas; versan sobre cuestiones de derecho y para casos específicos; y son el de apelación y revocación. Su objetivo es obtener la anulación de lo actuado en el proceso dejándolo sin efecto total o parcialmente, aún cuando ya exista sentencia ejecutoriada³⁸⁹.

Por otra parte Fairén, atiende a una primera clasificación técnica del recurso en la que se puede atender a la posibilidad del tribunal que a de resolverlo de volver a examinar todo el proceso y procedimiento en su extensión de hechos y derecho, o bien, a “que se le concedan potestades más o menos limitadas con respecto a determinadas cuestiones”³⁹⁰.

En ese mismo sentido establece también como una segunda clasificación, que se “debe atender a que la finalidad del recurso sea simplemente la de obtener la anulación de la resolución impugnada, o bien que tras dicha labor, haya de dictar una nueva sentencia en sustitución de la anulada”³⁹¹.

Como última consideración, y atendiendo a la combinación de las anteriores clasificaciones, Fairén, determina a “los recursos ordinarios (que no exigen para su admisión motivos específicos ni limitan las potestades del tribunal *ad quem* Esteiner) y recursos extraordinarios (que exigen, para su apertura, motivos específicos fijados por la ley, y en los que limitan las facultades de conocimiento del tribunal *ad quem*); añadiéndose por algunos autores (Guasp) los recursos excepcionales, dirigidos contra la cosa juzgada, importante efecto éste que, en determinados y muy graves supuestos, no impide que se la ataque”³⁹².

En este mismo sentido Fairén señala como recursos ordinarios, “el de

³⁸⁹ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General...*, op. cit., p. 272. El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán establece en su artículo 687 señala que las sentencias no pueden ser revocadas por la sala o por el juez que las dictó y el 688 del mismo ordenamiento indica que los autos que no fueren apelables pueden ser revocados por el juez que los dictó; en cambio, el artículo 694 de dicho cuerpo legal precisa que el recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal superior revoque o modifique la resolución del inferior, en los puntos relativos a los agravios expresados, esto es, que una sentencia puede ser anulada o modificada, como puede ser un contrato de arrendamiento donde se condena a la rescisión del contrato y el tribunal de alzada ordena que se revoque dicha sentencia y se vuelva a revisar la misma para no condenar a la rescisión del contrato.

³⁹⁰ Fairén Guillen, Víctor, *Teoría General...*, op. cit. p. 483.

³⁹¹ Idem.

³⁹² Idem.

apelación el cual el tribunal *ad quem* podrá examinar problemas de hecho y de derecho, ya que se atiende a la buena formación del supuesto fáctico que entrará en la nueva sentencia y eliminar los errores de la resolución anterior”³⁹³.

En este sentido, precisa Fairén que se considera “dentro de los recursos ordinarios al recurso de casación dirigido tan solo a la defensa de la ley contra los tribunales inferiores que se haya fuera de la organización de los tribunales de un orden inferior”³⁹⁴.

Asimismo, indica el autor que “el recurso de revisión, el cual en el proceso civil y laboral español, se trata de una acción y pretensión autónomas para evitar que la cosa juzga lleve a una situación de injusticia, por haberse descubierto un acto de hecho real coetánea a la sentencia que está en contradicción con la que erróneamente se estimó existente en ésta”³⁹⁵.

Contempla dentro de lo recursos ordinarios al recurso de queja que implica el inconformarse por actos u omisiones realizados por el órgano jurisdiccional que niega admitir una demanda o desconoce de oficio la personalidad o personería de un litigante antes del emplazamiento o bien cuando se deniegue la apelación³⁹⁶.

4.5. Los incidentes

Al desarrollar el capítulo anterior, partimos de la base de tratar primeramente lo relativo al proceso y con ello al cautelar, previo el estudio de las características y los presupuestos de las medidas cautelares, que es el fin de dicho proceso cautelar.

Para los propósitos del trabajo que se realiza, y sobre todo para poder llegar al punto que nos interesa, (si es posible utilizar el trámite de un incidente para cualquier otro de trámite distinto a lo que es un incidente determinado, ya que son muy

³⁹³ Idem. Es importante señalar que la complejidad del elemento fáctico (a los hechos), hace que, a fin de eliminar errores o de disminuirlos puede ser examinado por un nuevo tribunal

³⁹⁴ Ibidem, p. 487. En nuestro sistema jurídico mexicano se equipara la casación al Juicio de Amparo.

³⁹⁵ Ibidem, p. 496.

³⁹⁶ Situación que contempla el artículo 730 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán y que no prevé el Código Federal.

diferente las cuestiones incidentales que ponen obstáculo al procedimiento y aquellas en que se utiliza su trámite para resolver cuestiones que no tienen una tramitación específica en la ley), nos avocaremos al estudio de los incidentes en el proceso cautelar, para después analizar cuál es el medio de impugnación que puede promoverse a la resolución que recaiga.

En este sentido, Carlos Arellano establece que “por incidente debe entenderse como aquel acontecimiento de mediana importancia que sobreviene en el curso de un asunto”³⁹⁷.

Así mismo, Becerra Bautista, señala que la palabra incidente “viene del latín *incidere*, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse”³⁹⁸.

Así también, Demetrio Sodi señala que el incidente es la “cuestión o contestación accesoria que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o acción principal”³⁹⁹.

Es importante establecer que durante el desarrollo del proceso no se está exento de que se presenten cuestiones que interrumpan el procedimiento, cuyo resultado de origen a un desconocimiento por parte del órgano jurisdiccional.

Hugo Alsina establece que el incidente es todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente durante el curso de la instancia, tanto en el juicio ordinario como en los especiales, como la interposición de un recurso, la nulidad de actuaciones, que constituyen incidentes del juicio en lo principal⁴⁰⁰.

Finalmente, Carnelutti refiere a los incidentes atendiendo a dos fórmulas: el concepto de las cuestiones de orden y de mérito o fondo. “La primera atiende a la litis

³⁹⁷ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 128. Si este significado meramente gramatical, lo quisiéramos acoplar a la materia procesal, sólo tendríamos que indicar que el acontecimiento sobreviene en el curso de un proceso en el que interviene una autoridad estatal con facultades jurisdiccionales.

³⁹⁸ Becerra Bautista, José, *El proceso Civil...*, op. cit., p. 277. Establece el autor que según Manresa y Navarro “los incidentes fueron conocidos por la ley española y a la jurisprudencia también con el nombre de artículos. Los incidentes son pequeños juicios que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo, que tienen relación inmediata y directa con el asunto principal”.

³⁹⁹ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 134.

⁴⁰⁰ Idem, p.135.

y la segunda al proceso, y para tal efecto establece que son las cuestiones concernientes a la existencia y la valoración jurídica de los hechos, que constituyen la *res iudicanda*⁴⁰¹.

En el mismo sentido, el autor citado, indica que el proceso es un remedio contra la litis, pero como todos los remedios, tiene sus riesgos, por lo que las cuestiones de orden se asemejan a las enfermedades secundarias provocadas por ciertas medicinas⁴⁰².

4.6. Finalidad del incidente

Resulta claro que los incidentes tienen un objetivo primario en un proceso; Carnelutti, hace referencia a que toda cuestión de orden habrá de ser resuelta, antes de entrar al fondo, por lo que la resolución será interlocutoria, es decir, será preliminar a la sentencia definitiva, es por ello que reciben el nombre de incidentes, ya que interfieren en el procedimiento e impiden su prosecución, o bien que avance. Es aquí donde se encuentra la diferencia entre las cuestiones de orden y de mérito, en las primeras son cuestiones incidentales⁴⁰³.

En este sentido, Becerra Bautista expresa que los incidentes son pequeños juicios que tienden a resolver la controversia de carácter adjetivo y tienen relación directa e inmediata con el asunto en lo principal⁴⁰⁴.

El proceso cautelar está sujeto a disposiciones adjetivas que lo regulan con objeto de obtener el resultado que se busca; tanto el solicitante de las medidas cautelares, como el reclamante o recursante, dependiendo de la legislación adjetiva que se invoque, podrán plantearse cuestiones que sobrevengan al proceso.

⁴⁰¹ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 123.

⁴⁰² Idem. Por ejemplo, el demandado, especialmente si teme sucumbir en cuanto al fondo, tiene interés en discutir la jurisdicción o la competencia del juez al que se ha acudido o bien, la legitimación de la parte actora; no surge por esto entre las partes una nueva litis, sino una nueva cuestión, que se inserta entre las otras cuestiones pero difiere de las cuestiones de fondo porque se refiere, en lugar de a la litis, al proceso.

⁴⁰³ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 124.

⁴⁰⁴ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil...*, op. cit., p. 277. Es importante señalar que en todo proceso se busca la aplicación de una norma abstracta de derecho material a un caso controvertido; para lograr esa finalidad, se establecen las formas adecuadas reguladas por el derecho adjetivo que deben cumplir tanto las partes como el Estado-juez para que éste satisfaga una necesidad social: dar a cada quien lo suyo.

Por su parte, Arellano García al establece que el “incidente es toda cuestión controvertida que surge dentro del proceso como accesoria de la controversia principal”⁴⁰⁵.

Resulta importante cómo desarrolla esta definición al establecer que es “una cuestión pues trata de un problema, ya que es una materia que es motivo de discusión, por tanto hay una pugna de pretensiones diversas entre los sujetos del proceso, los cuales tienen una contienda en trámite”⁴⁰⁶.

Si analizamos detenidamente este párrafo, implica que toda cuestión, traducida en problema, será materia de un análisis por parte del órgano jurisdiccional, al existir pretensiones opuestas. Por ende, si eso ocurre en un proceso, es lógico que resulta aplicable en el cautelar, pues está de por medio el aseguramiento de una ejecución futura, pero también la oposición a ésta, por tanto, puede surgir la necesidad de plantear un incidente al proceso cautelar.

Además, indica el citado autor, la cuestión es controvertida, ya que se quiere conocer el punto de vista de la contraria, la que puede oponerse o puede aceptar total o parcialmente la pretensión que se ha hecho valer en el incidente.

Una vez llevada a cabo la medida cautelar, la parte contra quien se pidió puede reclamar la medida, para lo cual comparecerá ante el juez que la tramitó, y una vez que se esté desarrollando el proceso, después de darle vista, a la contraria, pueden plantearse incidentes, en los cuales, las partes pueden oponerse o acertar la pretensión incidental.

Cabe señalar que para que un incidente tenga tal carácter, debe surgir la cuestión controvertida dentro de un proceso, ya que de lo contrario se trataría de una controversia ajena y no tendría tal carácter; por tal motivo, en el proceso cautelar surge precisamente lo mismo, una vez planteada la reclamación o recurso, ya que en

⁴⁰⁵ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 129.

⁴⁰⁶ Idem.

lo que se desarrollo el proceso, desde la oposición hasta que se resuelva, previo desahogo de pruebas, se pueden plantear incidentes.

Por tal motivo, el incidente no es la cuestión principal que se debate, sin embargo, sí es predominante, ya que su tratamiento, puede implicar subsanar un error procesal dentro del proceso cautelar. Cabe recordar, aquí, la afirmación de Carnelutti de que “el proceso cautelar sirve para la tutela del proceso”.

Puede suceder que, durante el proceso cautelar las partes, o bien, el órgano jurisdiccional se aparta de las normas procesales al trámite que se está ventilando; por ende, surge entonces la posibilidad de que se planteen cuestiones adjetivas, cuya resolución servirá para llevar al proceso a un efectivo fin.

El proceso no debe entenderse desde la presentación de la demanda, hasta que se emita sentencia; es necesario comprender que la actividad jurisdiccional se desarrolla desde antes de la presentación de la demanda, hasta después de que se emite sentencia, es decir, hasta satisfacer jurídicamente a la parte que obtuvo el resultado favorable.

Por ende, las incidencias son posibles aún después de dictada la sentencia definitiva, es decir, en la ejecución de la misma, por tal razón con mayor razón antes de plantearse la demanda, o bien, ya iniciado el procedimiento, mediante el proceso cautelar.

Señala Becerra Bautista que se recurre a la vía incidental en los procesos atípicos, “con la misma finalidad de hacer posible la aplicación correcta de las normas adjetivas, por tal, la cuestión incidental debe tener relación inmediata y directa con el asunto principal pues las ajenas al asunto principal deben ser desechadas”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil...*, op. cit., p. 277.

El proceso no termina con la sentencia sino con la actividad judicial, extendiéndose hasta satisfacer a la parte que obtuvo resultado favorable, por lo que los incidentes son posibles todavía después de dictada la sentencia, lo que implica que también son posibles aún antes de llevar a cabo un emplazamiento o bien por cuerda separada en tratándose del proceso cautelar.

4.7. Incidentes de previo y especial pronunciamiento y por cuerda separada

Hugo Alsina llama “incidente o artículo, a todo acontecimiento que sobrevenga accesoriamente durante el curso de la instancia, como la interposición de un recurso, que constituyen para él incidentes en el principal”⁴⁰⁸.

Para la calificación se exige que tengan una relación mas o menos inmediata con el objeto principal del pleito, pues las cuestiones ajenas deben promoverse en juicio separado y porque, de otra manera, se alterarían los términos de la relación procesal y se introduciría la confusión en el procedimiento.

La formulación de un incidente puede o no, paralizar el juicio en lo principal. En el primer caso, se trata de incidentes de previo y especial pronunciamiento, los cuales impiden que siga su curso el juicio mientras no se resuelvan, por referirse a presupuestos procesales sin los que el proceso no puede ser válido, y han de resolverse mediante una sentencia que únicamente a ellos concierna y no por la definitiva en la que se deciden las cuestiones litigiosas.

En los incidentes que no tienen esa característica se verifica ese trámite, pero la resolución se deja para la sentencia definitiva que debe estudiar y resolver los problemas incidentalmente planteados.

También Becerra Bautista señala que cuando el tribunal no necesita oír a la contraparte, para resolver un problema procesal, resolverá de plano, lo que se entiende que de oficio resolverá, como cuando se dice repeler de oficio los incidentes

⁴⁰⁸ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, Tomo 2, segunda edición, Oxford, México, 1999, p. 1198.

ajenos al negocio principal. En otras ocasiones, “sumariamente equivale a incidente, porque el problema planteado debe resolverse en esta vía”⁴⁰⁹.

Señala el autor que la diferencia entre sumariamente para los casos de tramitación simplificada y aquellos en que se le utiliza por incidente, está en la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, así como alegar.

Si se parte del hecho de que el incidente acontece en el campo dinámico del Derecho, además de que en este sector hay una secuencia que se allá regulada, se confirmará que ese procedimiento se forma con instancias, por lo que las secuencias serán jurídicamente uniformes y resultará necesario que las instancias correspondan al tipo de pretensiones.

Por tal motivo, Piña y Palacios determinan que, “de acuerdo a la clasificación de los incidentes, existen los que interrumpen la serie y los que no la detienen. Si caminando el proceso, una actividad extraña afecta la eficacia procesal, se deberá hablar de un incidente”⁴¹⁰.

El problema de las cuestiones previas, desde el ángulo de las incidencias, consiste en advertir que su ubicación no es siempre el acto de sentenciar. La denominación “artículos de previo y especial pronunciamiento”, equivalen en el Derecho español, a las excepciones dilatorias en materia civil, por cuanto son objeto de una decisión anterior la cuestión de fondo y su tramitación suspende la marcha en el proceso.

En materia laboral se presentan distintos supuestos, como el de incompetencia que puede plantearse hasta antes de la audiencia de desahogo de las pruebas, en que las Juntas de Conciliación de oficio pueden analizar ésta, sin necesidad de haberse planteado la incompetencia⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Becerra Bautista, José, *Teoría del Proceso Civil en México*, décima segunda edición, Porrúa, México, 2000, p. 325.

⁴¹⁰ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 1203.

⁴¹¹ El artículo 701 de la Ley Federal del Trabajo establece dicha hipótesis.

Lo más interesante es observar que en el nombre de “cuestiones previas” se enlaza a los vocablos “incidentes”, “artículos de previo y especial pronunciamiento” y a los presupuestos materiales de la sentencia de fondo. Las cuestiones previas han de vincularse con la pretensión conflictiva y referirse al debate como el antecedente que a de resolverse.

La palabra “cuestión” va unida a previa, prejudicial, artículo o incidente; por otro lado, se le lleva al debate y a la sentencia, de manera que se dice, correctamente, que ésta decide sobre las cuestiones del debate.

Si esta cuestión previa se estudia en momento procesal anticipado, entonces se podrá decir que se ha impuesto el principio de economía procesal. De esta manera, las cuestiones de previo y especial pronunciamiento son decisiones que sólo tienen de común un anticipación al fallo.

Las cuestiones incidentales que se tramiten por cuerda separada, es decir, las que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se sustanciarán en pieza separada, que se formará con los escritos y documentos de las partes; en este caso, el juicio principal seguirá su curso hasta la sentencia, la cual se dictará después de resuelto el incidente.

4.8. El incidente de nulidad

La palabra nulidad viene del latín *nullus*, que significa “falta de valor” y falta de “fuerza legal”, por tanto, hay nulidad cuando el acto está viciado por la violación de algún precepto legal⁴¹².

Las condiciones que deben darse para que se produzca la nulidad de los actos procesales son: que le falte a las actuaciones algunas de las formalidades

⁴¹² Voz “Nulidad Procesal”, en *Biblioteca Diccionarios Jurídicos...*, op. cit., p. 135. Es de resaltar que la nulidad procesal es la ineficacia de que se hayan afectado los actos procesales, en razón de que los mismos han sido realizados sin cumplir con los requisitos o formas legales establecidas para su validez, quedando por tanto dichos actos procesales afectados, que pueden dejar de producir todos y cada uno de sus efectos propios, en el proceso si se declara nulo, pues de lo contrario producirán los efectos jurídicos correspondientes al convalidarse.

esenciales; que se realice la notificación indebidamente; que la ley expresamente lo determine, siempre y cuando ese acto procesal deje en estado de indefensión a alguna de las partes. Debe solicitarse la nulidad en la actuación subsiguiente, para que tramitado que sea, se declare que ese acto es nulo.

La nulidad de los actos procesales debe hacerse valer por medio de un incidente de nulidad de actuaciones y, por excepción, tratándose del emplazamiento de la demanda, se podrá impugnar su validez por medio del incidente de nulidad de actuaciones, por medio del recurso de apelación extraordinario y, finalmente, el otro camino es el amparo indirecto. “El efecto jurídico de las declaraciones de las nulidades procesales consiste en reponer la actuación, subsanando la anomalía”⁴¹³.

Establece Becerra Bautista que “no debe olvidarse que las nulidades se prevén para restablecer el orden jurídico y procesal; en consecuencia, no pueden hacerlas valer quienes dieron lugar a ellas con sus propios actos ya que desde el derecho romano se dijo: *nemo audiatur turpitudinem suam alegans*, “no se escuche a quien invoque su propia mala fe”⁴¹⁴.

Sólo formará artículo previo y especial pronunciamiento la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento o por defecto en éste. Si en el incidente se resuelve que son validas la notificación o las actuaciones, se impondrá al promovente y a su abogado solidariamente una multa.

Las cuestiones que se susciten con motivo de otras nulidades de actuaciones o de notificaciones, se decidirán en la sentencia definitiva.

⁴¹³ Idem. El incidente de nulidad presupone actuaciones o actos procesales viciados en su forma, sin tener en cuenta su justicia intrínseca.

⁴¹⁴ Becerra Bautista, José, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1985, p. 68. Así mismo, es de resaltar el principio de derecho: *non venire contra factum proprium*, que nadie puede alegar para sí algo que hizo mal.

4.9. El Incidente de falta de personalidad y personería

La palabra personalidad proviene del latín *personalitas-tis*, derivado de *personalis-e*, “personal”, y éste de “persona”, de origen etrusco; significaba “máscara de teatro”. En el campo de lo jurídico se habla de los atributos de la personalidad, para referirse a los elementos que distinguen y califican a un sujeto de derecho (nombre, domicilio, nacionalidad, etc.)⁴¹⁵.

En el campo del derecho procesal tiene diversas acepciones, así, por personalidad de los litigantes se entiende en un sentido amplio, la capacidad de ser sujeto de derecho, esto es, ser un centro ideal de imputación de derechos y obligaciones⁴¹⁶.

Es decir, la personalidad de los litigantes o justiciables, es aquella que los faculta para comparecer como parte, válidamente, en un proceso jurisdiccional, y ejercitar sus derechos.

Si la personalidad o la personería no se impugnan oportunamente, sólo podrán serlo por causas supervenientes. En estos casos, el incidente se sustanciará con suspensión del procedimiento.

4.10. Incidente de incompetencia

Con relación a este tipo de incidente, tomamos en consideración en que se alude a una falta de idoneidad atribuida a un órgano para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. Recuerde que el Artículo 16 Constitucional dispone que “nadie puede ser molestado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente”⁴¹⁷.

La competencia, como concepto específico, obedece a razones prácticas de distribución de esa tarea de juzgamiento, entre los diversos organismos judiciales. La

⁴¹⁵ Voz “Personalidad” en *Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos*,..., op. cit., p. 150.

⁴¹⁶ Idem. Recordemos que determinados grupos o instituciones no contaban con personalidad jurídica como las iglesias, hasta la reciente reforma al Artículo 130 Constitucional.

⁴¹⁷ Voz “Competencia” Biblioteca, en *Diccionarios Jurídicos Temático* ..., op. cit., p. 50.

competencia de los tribunales se determinará por la materia⁴¹⁸, la cuantía⁴¹⁹, el grado⁴²⁰ y el territorio⁴²¹.

En cuanto a la materia, este criterio se instaura en virtud de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio, según lo establece Carnelutti, ya que se toma en consideración la creciente necesidad de conocimientos especializados, respecto de las normas sustantivas que tutelan los intereses jurídicos involucrados en el debate sujeto a juzgamiento⁴²².

En cuanto al territorio, se entiende que, desde la óptica jurídica, abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites que los descubrimientos astronáuticos recomienden, además del denominado principio de extraterritorialidad por el que el territorio se extiende⁴²³.

Además, de éste ámbito especial en que pueden producirse actor y sus efectos jurídicos, debe tomarse en cuenta el problema que plantea el ángulo de distribución territorial de la competencia entre los distintos órganos judiciales.

Además otros principios jurídico-políticos influyen sobre la división territorial de la competencia, como ocurre en nuestro país en que existe una organización constitucional que establece autoridades y normas de carácter federal y estatal.

⁴¹⁸ Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, décima edición, Porrúa, México, 2001, p. 358. Precisa el autor que la competencia es aquella que se atribuye al órgano del Estado que desempeña la función jurisdiccional. Por ende, la competencia por materia, será la que atendiendo a la naturaleza del conflicto (laboral, civil, mercantil, agraria, administrativa) corresponderá conocer al órgano jurisdiccional o administrativo.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 367. El tratadista señala que la "competencia por cuantía implica que por la importancia pecuniaria de los intereses que se debaten en el proceso, servirá para determinar si un juez es o no competente (jueces municipales o de primera instancia)".

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 364. Refiere Arellano que la "competencia por grado es la que se refiere a la distribución de la facultad de conocimiento de los órganos jurisdiccionales en una primera o segunda instancia. A este tipo de competencia se le designa como competencia por grado, jerárquica o de primera o segunda instancia".

⁴²¹ *Ibidem*, p. 365. Indica el autor, que la competencia por territorio, "es la aptitud jurídica de conocimiento de controversias que se distribuye entre los diversos juzgadores mediante el señalamiento de dos elementos: a) el juzgador tiene señalada una circunscripción geográfica, perfectamente delimitada, y, b) el caso controvertido tendrá un elemento de sujeción o de conexión previsto por la ley, del cual se derivará que el asunto, territorialmente, cae dentro de la circunscripción geográfica que tiene señalado ese juzgador".

⁴²² *Idem*.

⁴²³ Voz "Competencia" en *Biblioteca, Diccionarios Jurídicos Temáticos...*, pp. 50,51.

En cuanto a la cuantía, se refiere que tanto en el orden local como en el federal se regula por las leyes orgánicas del Poder Judicial, la distribución en el conocimiento de los pleitos de mayor o menor cuantía ⁴²⁴.

Hay problemas que no tienen traducción monetaria, y que el legislador tiene que definir cual es el juzgado competente para conocerlos, por ejemplo la pérdida de la patria potestad de uno de los cónyuges.

En relación al grado, este vocablo hace alusión a cada una de las instancias que puede tener un juicio; o bien, el número de juzgamientos de un litigio, según lo anotado por Eduardo Pallares ⁴²⁵.

También se hace referencia al grado de jurisdicción, como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia, según Rafael de Pina; es decir, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia ⁴²⁶.

Los conflictos que se susciten con motivo de la competencia pueden promoverse por inhibitoria ⁴²⁷ o declinatoria ⁴²⁸, según la legislación que se aplique; todo tribunal está obligado a suspender sus procedimientos luego que expida la inhibitoria o bien la declinatoria.

4.11. Incidente de recusación

Del latín *recusatio-onis*, que significa “reclamación negativa”. La recusación es el acto por el cual una de las partes solicita al juez, secretario, árbitro o perito, se inhiban de seguir conociendo de un proceso por incurrir en ellos algún impedimento legal ⁴²⁹.

⁴²⁴ Idem.

⁴²⁵ Pallares, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, Porrúa, México, 1991, p. 320.

⁴²⁶ De Pina, Rafael, *et. al.*, *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 320.

⁴²⁷ Arellano García, Carlos, *Teoría General de...*, op. cit. p. 376. Establece el autor que “la inhibitoria se caracteriza porque el demandado se dirige al juez a quien considera competente, pidiéndole que envíe un oficio al que estima no serlo, para que se inhiba (impedir que un juez intervenga o prosiga con el conocimiento de una causa) y remita los autos. Artículo 34 del CFPC”.

⁴²⁸ Idem. Indica Arellano García que “la declinatoria se ha de proponer ante el juez o tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que resuelva no conocer del negocio y remita los autos al que se considera competente. Artículo 34 del CFPC”.

⁴²⁹ Voz “Competencia” en *Biblioteca, Diccionarios Jurídicos Temáticos...*, op. cit., p. 51.

El juez debe ser imparcial, es decir, para que pueda ser efectivo el principio procesal de igualdad de las partes ante el juzgador, no debe éste tener motivos de interés, de simpatía, de gratitud ni de reconocimiento, odio o amistad, con ninguna de las partes, porque de ser así, su sentencia y el trato que diere a los litigantes, puede inclinar la balanza de la decisión, a favor o en contra de alguna de ellas.

Atendiendo al Código Federal de Procedimientos Civiles existen dos supuestos en que se presenta la recusación y que tiene relación con la función que desempeña el juzgador, así tenemos la recusación con causa, es en la que se expresa la existencia de un impedimento, y debe probarse su existencia ante el superior del juez al que se recusa⁴³⁰.

Así también, la recusación sin causa, es aquella en la que se hace valer sin expresar la causa o los motivos que tuvieron para hacerlo;⁴³¹ no obstante ello, se estima inconveniente, en virtud de que se pone en duda la honorabilidad y la imparcialidad del juzgador ante los demás y priva al juzgador de la más elemental defensa.

4.12. Tramitación incidental laboral y civil

Nos parece interesante atender de acuerdo a la naturaleza del proceso civil y laboral a su tramitación incidental, toda vez que de acuerdo a la teoría general del proceso existen reglas universales que justifican la necesidad de interponerlos⁴³².

⁴³⁰ El artículo 47 del CFPC, establece que las partes pueden recusar a los funcionarios, cuando estén comprendidos en los casos de impedimento a que hace referencia el artículo 39 del mismo cuerpo legal, que entre otras se señala que se tenga interés directo o indirecto en el negocio; tener dicho interés su cónyuge o parientes, o que éstos tengan relación de intimidad con alguno de los interesados; haber hecho promesas o amenazas, o manifestado de otro modo su odio o afecto a alguno de los litigantes; haber externado siendo funcionario judicial, su opinión antes del fallo, entre otros.

⁴³¹ El artículo 53 del CFPC, señala que toda recusación interpuesta con violación de los preceptos que regulan su tramitación y supuestos, se desechará de plano.

⁴³² Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho...*, op. cit., p. 481. El tratadista nos señala que "con motivo de errores o vicios en el proceso se presentan: a) los llamados "de actividad", que a su vez pueden producirse a lo largo del procedimiento esto es, el *processus* lógico que el juez desarrolla mentalmente llevándole a la elaboración de la resolución; b) por vulneración de normas procesales que se producen durante ese *Inter* mental del juez, una vez concluido el procedimiento externo: *iter* mental interno, pero que se va a plasmar en un acto externo como lo es la resolución. Son los errores de actividad interna. Asimismo, de estas reglas, nos parece importante una consideración que refiere el autor al precisar que existe para el una clasificación que se basa en el que sea o no el mismo juez o tribunal que dictó la resolución impugnada, quien resuelva sobre la impugnación de la misma (así, nacerá la distinción entre "remedios" donde es el mismo juez resolutor el que considera y resuelve sobre el medio de impugnación) y recursos (donde el juez o tribunal superior o de alzada el que ve y resuelve sobre la impugnación de la resolución supuestamente viciada, emitida por el inferior".

Iniciemos con la Ley Federal del Trabajo que establece, en el artículo 761 que los incidentes se tramitarán dentro del expediente principal donde se promueve. A su vez, el artículo 762 indica que se tramitarán como incidentes de previo y especial pronunciamiento, la nulidad, competencia, personalidad, acumulación y excusas⁴³³.

Cuando se promueva, en el procedimiento laboral un incidente dentro de una diligencia o audiencia, se substanciará de y resolverá de plano, oyendo a las partes; continuándose el procedimiento de inmediato. Cuando se trate de nulidad, competencia acumulación y excusas, dentro de las 24 horas siguientes se señalará día y hora para la audiencia incidental, en la que se resolverá⁴³⁴.

El artículo 765 indica que los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial en dicha ley, se resolverán de plano oyendo a las partes⁴³⁵.

A efecto de contraste tomaremos como referente, para la materia civil, al Código de Procedimientos Civiles de Michoacán. Así, de acuerdo a dicho código adjetivo, tratándose de negocios que se planteen en la vía ordinaria, promovido el incidente y formada, en su caso, la pieza separada, se dará traslado al colitigante por el término de tres días⁴³⁶.

Cuando las partes deseen rendir pruebas, lo expresarán en los escritos en que promuevan el incidente o se evacue el traslado; hecho lo anterior, el juez mandará abrir a prueba el incidente por el término de ocho días⁴³⁷.

Una vez rendidas las pruebas, el juez, de oficio mandará poner los autos a la vista de las partes por cinco días comunes para que aleguen. Pasado éste término,

⁴³³ Incidentes que se desarrollaran más adelante en el tema 4.15., relativos al derecho laboral.

⁴³⁴ Artículo 763 de la Ley Federal del Trabajo.

⁴³⁵ Tal es el caso de la tramitación para decretar un secuestro provisional de acuerdo con el artículo 861 de la Ley Federal del Trabajo, ya que al no precisarse un procedimiento las Juntas de Conciliación han adoptado el criterio de realizarlo de manera incidental, toda vez, que se precisa por dicho numeral que el solicitante determinará el monto de lo demandado y rendirá pruebas que juzgue conveniente para acreditar su necesidad, para lo cual el Presidente de la Junta, tomando en consideración las circunstancias del caso y las pruebas rendidas (las cuales no podrán ser desahogadas en el acto de la solicitud, como la testimonial) dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que se le solicite (por la premura del tiempo se comenten sinnúmero de errores) , podrá decretar el secuestro provisional.

⁴³⁶ Artículos 894 y 899 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

⁴³⁷ Artículos 900 y 901 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

el juez, de oficio citará para sentencia, que se dictará dentro de los cinco días siguientes a la citación⁴³⁸.

Cabe señalar, que dicho código local, establece que las resoluciones incidentales serán apelables en los casos en que lo fuere la sentencia en lo principal; pero el recurso será admitido en el efecto devolutivo. Sin embargo, será apelable en ambos efectos, cuando se trate de personalidad o de personería y de nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento o por defecto en éste⁴³⁹.

Tratándose de un juicio, tramitado en la vía sumaria, los incidentes que se susciten se tramitarán sin suspender el procedimiento principal, oyendo al colitigante para que conteste la demanda dentro de veinticuatro horas, las pruebas se ofrecerán en los escritos que formen la litis incidental y se recibirán en el término de cinco días⁴⁴⁰.

Los alegatos se presentarán en el plazo común de veinticuatro horas, transcurrido el cual y previa citación de oficio, el juez o tribunal resolverá el incidente antes de dictar sentencia definitiva. La interlocutoria que se dicte no admitirá recurso alguno⁴⁴¹.

Cuando se trate de un juicio sumarísimo, el incidente que se promueva se decidirá en la misma audiencia sin substanciar artículo de prueba. No procediendo recurso alguno contra la resolución que se dicte durante la substanciación del juicio⁴⁴².

Habiendo precisado los términos en que se desarrollan los procedimientos incidentales en materia civil como laboral, podemos darnos cuenta que en materia

⁴³⁸ Artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

⁴³⁹ Artículo 911 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

⁴⁴⁰ Artículo 634 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² Artículo 629 Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

laboral por su propia naturaleza se procura evitar dilaciones en el procedimiento laboral para en corto tiempo dictar un laudo.

Nos parece que los trámites que se desarrollan en materia civil son más tardados que los desarrollados en materia laboral, obsérvese simplemente el incidente civil, que por naturaleza del proceso civil sus actuaciones se plantean de manera escrita, a diferencia del laboral que es oral, lo que permite dar celeridad al proceso, lo que implica que los incidentes que se planteen no paraliquen por mucho tiempo el proceso⁴⁴³.

En la legislación estatal de Michoacán, vemos que su procedimiento incidental en los juicios ordinarios, es técnico y completo, lo que permite al juzgador analizar con paciencia y determinar a conciencia la procedencia o no del incidente.

Lo mismo sucede en los juicios sumarios, que no obstante su naturaleza, aun así permite al juzgador un estudio completo de las cuestiones que rodean al incidente.

Sin embargo, el incidente que se promueve en los juicios sumarísimos civiles, nos parece que se asemeja más a los incidentes laborales sobre falta de personalidad, ya que las Juntas de Conciliación al momento de plantearse este incidente, debe resolver de plano, levantar la suspensión y continuar con el procedimiento principal⁴⁴⁴.

⁴⁴³ La practica nos dice lo contrario, ya que cada vez se presentan en los juicios laborales cuestiones incidentales que nos se cuestionaban, tal es el caso de la personalidad, cuando se llega a cuestionar la veracidad de una carta poder como lo establece el artículo 692 fracción I, que establece que cuando el compareciente actúe como apoderado de persona física, podrá hacerlo mediante carta poder notarial o carta poder simple firmada por el otorgante y ante dos testigos, sin necesidad de ser ratificada ante la junta, que de llegarse a impugnar la falta de personalidad, por presunta falsificación de firma de uno de los testigos, ello implicará desahogar pruebas de ratificación del suscriptor y puede ser que se ofrezca pericial, lo que implicaría que una situación que debería de resolverse de plano, se prolongue hasta por tres o cuatro meses para desahogar pruebas y emitir resolución interlocutoria.

⁴⁴⁴ Como ya fue señalado al inicio de este tema, señalamos que en términos del artículo 763 de la Ley Federal del Trabajo cuando se promueva un incidente dentro de una audiencia o diligencia, se sustanciará y resolverá de plano, oyendo a las partes, continuándose el procedimiento de inmediato. Pero cuando se trate de nulidad, competencia y en los casos de acumulación y excusas, dentro de las veinticuatro horas siguientes, se señalará día y hora para la audiencia incidental, en la que se resolverá.

Es de resaltar que el Código Estatal contempla un interesante incidente llamado obstativo que se tramita en caso de que se procediere contra los bienes que posee un tercero a título de dueño, extraño a juicio, que nada deba, o contra quien nada reclame el promoverlo, podrá el interesado oponerse al secuestro, intervención o aprovechamiento de sus bienes al irse a practicar o después de practicada la diligencia⁴⁴⁵.

Este incidente, es de vital importancia sobre todo cuando se autorizan medidas cautelares sobre secuestro de bienes y registro de los mismos, lo que permite en vía incidental evitar daños y perjuicios, algo que nos parece interesante y que la Ley Federal del Trabajo no contempla⁴⁴⁶.

Por tal motivo, ante los nuevos problemas que se presentan en el derecho laboral, es importante adaptar la legislación laboral a situaciones que en el pasado eran difíciles que se presentaran y que hoy en día han hecho que las Juntas de Conciliación se enfrenten a nuevos problemas.

4.13. El Incidente de reclamación en el proceso cautelar civil

Este tipo de incidente se interpone en contra de la medida cautelar que se haya solicitado, perjudicando derechos reales o personales, en contra de quien se hayan pedido.

Para esto, los artículos 284 y 285 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, establecen que la persona contra quien se dictare una providencia precautoria, podrá reclamarla en todo tiempo, antes de que se pronuncie sentencia ejecutoriada en el juicio correspondiente, y para ese efecto se le notifique

⁴⁴⁵ Artículo 912 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

⁴⁴⁶ De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo cuando se procediere a secuestrar bienes en ejecución de medidas cautelares y éstos resultaren de un tercero ajeno a juicio es necesario plantear por analogía una tercería excluyente de dominio, que como dice la Ley en su artículo 976, dicha tercería tiene por objeto levantar el embargo practicado en bienes propiedad del tercero, pero previamente ordenar la suspensión del remate; observase como es otra situación que no tiene nada que ver con las medidas cautelares, por lo que el incidente de oposición cautelar en materia laboral bien podría ser una útil herramienta en futuros procesos cautelares.

dicha providencia, en el caso de no haberse ejecutado con su persona o con su representante legítimo.

Para ello, la reclamación se sustanciará en forma incidental; lo mismo ocurre, cuando la medida cautelar la reclama un tercero que nada deba, cuando sus bienes hayan sido secuestrados, sin estar sujetos a responsabilidad real a favor del promovente. Esta reclamación se sustanciará en la forma prevenida para los incidentes obstativos, bastando para que el secuestro se levante, que el tercero justifique el simple hecho de poseer los bienes a título de dueño⁴⁴⁷.

Contra la resolución en que se decrete una providencia no procede recurso alguno. Las resoluciones en que se niegue admitirán el recurso de queja. Además, contra quien se hubiere decretado un embargo precautorio, que es revocado posteriormente o declarado sin lugar por causa de absolución, podrá exigir previa comprobación, en forma incidental, la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren causado⁴⁴⁸.

4.14. Distinción entre recurso y medio de impugnación

De acuerdo a lo anotado, es oportuno el momento para establecer una diferencia entre recurso y medio de impugnación, ya que, *abinitio*, todo recurso es un medio de impugnación; sin embargo hay medios de impugnación que no son recursos. Por tal motivo, comparando el proceso y el procedimiento, el medio de impugnación es el genero y el recurso, la especie.

De acuerdo con Gómez Lara, recurso, “técnicamente, es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del proceso, ya sea como un nuevo examen parcial de ciertas cuestiones o como una segunda

⁴⁴⁷ Artículos 284 y 285 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán. Como lo señalábamos en el tema que antecede establecimos la importancia de los incidentes obstativos, que no son otra cosa que oponerse a la practica de un secuestro en bienes de un tercero ajeno a juicio.

⁴⁴⁸ Artículo 286 y 287 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán. Nos parece interesante como este cuerpo legal señala que cuando se hubiere decretado un embargo precautorio, y éste es “revocado” nos da la pauta para considerar que en materia laboral una medida cautelar autorizada, posteriormente puede ser anulada.

etapa, o segunda instancia, del mismo proceso”⁴⁴⁹.

Por el contrario, agrega, “pueden existir medios de impugnación extra o metaprocesales, entendiéndose en el sentido de que no están dentro del proceso primario, ni forman parte de él. Estos medios de impugnación pueden ser considerados extraordinarios y dan lugar a nuevos procesos”⁴⁵⁰.

En el sistema procesal mexicano son recursos la apelación, la revocación y la queja, mismos que están reglamentados y se dan dentro del proceso común. El juicio de amparo es un medio de impugnación, por que no es parte del proceso primario, sino que es un proceso específico impugnativo, por cuyo medio se combate una resolución definitiva dictada en un anterior y distinto proceso⁴⁵¹; dicho medio de impugnación, es extraordinario, que tiende a rescindir el fallo ya formado, como acontece en materia laboral con sus laudos.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General...*, op. cit., p. 299.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ Burgoa O, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, trigésima segunda edición, Porrúa, México, 1995, p. 145-146. Al respecto nos muestra el autor unas consideraciones que vemos interesantes para este medio de impugnación al señalar que “en la generalidad de los regímenes jurídico-estatales de diversos países, los derechos públicos individuales, que es como técnicamente se designa a las prerrogativas o garantías de los gobernados frente a las autoridades, formaron parte integrante del orden constitucional del Estado, bien traducido éste en práctica o costumbres en textos legales supremos o fundamentales, como aconteció en países como Francia y Estados Unidos. Por consiguiente, formando parte del contenido de la Constitución de un Estado los derechos públicos del gobernado y siendo éstos el principal objeto de las instituciones de control históricamente dadas, dentro de ellas nuestro juicio de amparo, resulta que éstas, por tal motivo, tienden a tutelar o preservar el orden constitucional, al menos en aquel contenido específico. Tal como sucede en nuestro derecho, en el cual, de acuerdo con la fracción I del Artículo 103 Constitucional, el amparo es procedente por violación a garantías individuales, o sea, los derechos que la Constitución otorga a los habitantes de la República frente a las autoridades, derechos que, al estar comprendidos dentro del contexto de la Ley Fundamental, tienen rango Constitucionales. Nuestro juicio de amparo, señala, al través de la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 Constitucional, tutela la Ley Máxima no únicamente en los casos específicos a que se refiere el Artículo 103 Constitucional, sino en relación con todas disposiciones, por lo que, sin dida alguna, es un verdadero medio de control constitucional. El juicio de amparo, que tiene como finalidad esencial la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados, extiende su tutela a toda la Constitución, al través de la garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16. Es cierto que esta tutela se imparte siempre en función del interés particular del gobernado, ya que sin la afectación de éste por un acto de autoridad el amparo es improcedente; pero también es verdad que por modo concomitante o simultáneo, al preservar dicho interés, mantiene y hace respetar el orden constitucional. De ahí que el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables. Por ende, el juicio de amparo se ostenta como el medio jurídico de que dispone cualquier gobernado para obtener en su beneficio, la observancia de la Norma Fundamental contra todo acto de autoridad (órgano del Estado) que viole o pretenda violarla. Es esta consideración donde destaca el carácter de orden público del amparo como juicio de control o tutela de la Constitución, ya que el interés específico del gobernado se protege con vista a con referencia siempre a un interés superior, el cual consiste en el respeto de la Ley Suprema. La esencia teleológica del amparo radica en preservar o proteger el régimen constitucional”.

⁴⁵² Ibidem, p. 147-150. Burgoa refiere que “el juicio de amparo opera bajo la observancia de preceptos constitucionales expresos, en efecto uno de ellos, el artículo 14 de la Constitución, donde se consagra la garantía de legalidad en asuntos penales y civiles, respecto de cuyas violaciones es procedente el ejercicio del medio de control de conformidad con la fracción I del Artículo 103 de nuestra Carta Magna. Por tanto, de esta manera el amparo no sólo tutela el régimen constitucional sino que su objeto preservador, se extiende a los ordenamientos legales secundarios. De esta suerte, los jueces de Distrito, los Tribunales Colegiados y la Suprema Corte, al conocer los juicios respectivos, amplían su competencia hasta el grado de erigirse en revisores de los actos de todas las autoridades judiciales que no se hayan ajustado a las leyes aplicadas. En lo concerniente a la garantía de legalidad, la Corte también es un medio de control de legalidad, al conocer los amparos contra sentencias que se dictan en asuntos de trabajo (laudos), por violaciones a leyes del procedimiento o de fondo, propiamente se estudia el

Señala Burgoa que el amparo “es un juicio o proceso que inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad que le causa agravios en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine”⁴⁵³.

4.15. Los incidentes en el derecho laboral

Al señalar la definición de incidentes, se estableció que éstos eran las cuestiones accesorias que surgen durante la sustanciación de la cuestión principal, que es objeto de un proceso, y que las mismas son objeto de una resolución especial.

Cuando el acto es nulo, el señalamiento de la nulidad es una medida jurídica, que tiende a invalidar los efectos del acto, y conduce a la reparación del mismo, eliminando la desviación para volver al punto de partida.

Establecimos, asimismo, que la nulidad equivale a ineficacia, y que difiere de la inexistencia, que no se refiere a los efectos jurídicos, sino al acto mismo, siendo la nada jurídica.

Ahora bien, en un proceso se pueden producir modificaciones *ad intra* y que se refieren a los sujetos, objeto y título. Por ejemplo, el cambio de nombre en virtud de una rectificación introducida por el actor, respecto al demandado, constituye una modificación subjetiva.

problema jurídico planteado en relación con las normas que rigen la materia en la cual se interpone, estableciendo el consiguiente control. Por tanto, al ejercer el control de legalidad mediante el conocimiento jurisdiccional de los juicios de amparo, se salvaguardan las garantías individuales dentro de las cuales se encuentra la legalidad plasmada en el artículo 14 Constitucional. El juicio de amparo protege tanto la Constitución como la legislación ordinaria en general. Es por ende, no solo un recurso (*latu sensu*) constitucional, sino un recurso extraordinario de legalidad”.

⁴⁵³ Ibidem, p. 152.

De Buen, indica que una “corrección en cuanto a lo reclamado implica un cambio de objeto, y una aclaración sobre el significado del vicio que se alega como motivo de nulidad de un contrato implica el cambio de título”.⁴⁵⁴

Los procesos pueden experimentar cambios con motivo de alguna anomalía que sobreviene al mismo y que pueden influir sobre la controversia. Es de señalar que existen anomalías que no son graves, pero que alteran la conexión que existe entre la pretensión y la oposición a la pretensión.

Se trata, como quedó establecido en el capítulo tercero del presente trabajo, cuestiones o incidentes, los cuales son pequeños procesos que nacen con motivo de un proceso en lo principal, o bien previamente a que se inicie éste, como son las medidas cautelares.

La interposición de un incidente puede paralizar un proceso, impidiendo su trámite hasta que el incidente sea resuelto; hay otros tipos de incidentes que no interrumpen los procesos y se substancian simultáneamente.

En la Ley Federal del Trabajo los incidentes se pueden plantear aún sin haberse producido la oposición a la pretensión; tal es el caso del denominado incidente de incompetencia, que implica que el demandado no está exento de dar contestación a la demanda, tal como lo dispone el artículo 878, fracción V de tal ordenamiento.

En este sentido, Néstor De Buen señala que los incidentes en materia laboral, sin prejuzgar en otras disciplinas, son de naturaleza excepcional, es decir, su condición de remedio incómodo que viene a estorbar el desarrollo previsto del proceso se ventilan en un corto tiempo⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ De Buen Lozano, Néstor, *Derecho...*, op. cit., p. 389.

⁴⁵⁵ De Buen Lozano Néstor, *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 391. Explicamos en el tema 4.12., que si bien en materia laboral los incidentes se tramitan de manera sumaria, también lo es, que en la actualidad existen situaciones no previstas por la Ley laboral que obstaculizan la celeridad del procedimiento y que implica que se presenten un sinnúmero de criterios en las Juntas tanto federales como locales.

Atendiendo al principio de economía procesal⁴⁵⁶, aunado al de celeridad⁴⁵⁷, el artículo 763 de la Ley Federal del Trabajo, introducido en las reformas de 1980, dispone que se sustanciarán y resolverán de plano, oyendo a las partes, salvo los casos que señala para una audiencia incidental y que fue planteado en párrafos anteriores.

La regulación de los incidentes en la legislación laboral plantea como regla general, que se tramitarán dentro del expediente principal y se resolverán de plano y como excepción se tramitarán por cuerda separada y se señalará audiencia inicial para allegarse elementos de prueba para resolver⁴⁵⁸.

Aunque el artículo 763 de la legislación laboral señala una audiencia incidental para los incidentes de incompetencia y excusa⁴⁵⁹; por lo que la Junta, en el caso de competencia está facultada para declararse incompetente de oficio, en cualquier estado de los autos, hasta antes de la audiencia de desahogo de pruebas cuando existan en el expediente datos que lo justifiquen⁴⁶⁰.

De lo anterior se desprende que no hay reglas estrictas para la tramitación de los incidentes.

⁴⁵⁶ Climent Beltran, Juan B., *Comentarios a la Ley Federal del Trabajo*, vigésima tercera edición, Esfinge, México, 2002, p. 444. Establece que “el principio de economía, establece el autor, se traduce en la eliminación de las audiencias incidentales, pudiendo resolverse de plano en la mayoría de los casos; en la simplificación en el número de audiencias (donde opera también el principio de concentración), ya que en el procedimiento ordinario se establece, según el artículo 873 de la Ley Federal del Trabajo, una primera audiencia de tres etapas (conciliación, demandad y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas); la audiencia de desahogo de pruebas y la tercera la audiencia de discusión y votación del proyecto de laudo formulado por el auxiliar”.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 447. Indica Climent que “la celeridad constituye una exigencia indispensable para la justicia laboral efectiva. La manifestación más importante de este principio, reside en la supresión de la recusación, sustituyéndola por la excusa, que puede resolverse de plano, cuando el interesado la presenta, o mediante un incidente sin suspender en ningún caso el procedimiento (art. 707 al 711). La supresión del incidente de objeciones o tachas a los testigos, que deberán formularse oralmente al concluir el desahogo de la prueba (art. 818); la limitación de la suspensión o diferimiento de la audiencia en la etapa conciliatoria, a solicitud de ambas partes, por una sola vez (art. 876, fracción IV)”.

⁴⁵⁸ Artículos 763 y 765 de la Ley Federal del Trabajo y que se comento en el tema 4.12. del presente capítulo.

⁴⁵⁹ En cuanto a la excusa, no procede una audiencia incidental ante la Junta, toda vez que ésta no es la autoridad competente para resolverla; y por otra parte, la autoridad competente (el Presidente Titular de la Junta, el Secretario del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Estado o el Jefe del Departamento del D:F, según el caso), podrán resolver de plano o señalar una audiencia para oír al interesado, conforme a la fracción III del artículo 709 de la Ley Federal del Trabajo, además, no se tramita como incidente de previo y especial pronunciamiento, aunque así lo señala el artículo 762, pues no suspende el procedimiento (art. 711). Por tanto, no afecta al procedimiento principal, ya que no se suspende, pero en tanto se resuelve, cautelarmente se deberá sustituir al funcionario en los términos del artículo 710 del texto legal laboral.

⁴⁶⁰ Artículo 701 de la Ley Federal del Trabajo. Aunque el artículo 703 de la ley laboral, dispone que la incompetencia deberá plantearse al iniciarse el periodo de demanda y excepciones, acompañando los elementos en que se funde, en ese momento la Junta después de oír a las partes y recibir las pruebas que estime conveniente, las que deberá referirse a la cuestión de incompetencia, dictará en el acto resolución. Lo que indica que puede resolver de plano, oyendo a las partes cuando haya elementos suficientes sin necesidad de audiencia incidental.

En la admisión de los incidentes, en sus diferentes tipos, existe hasta cierto punto una dilatación al principio de celeridad procesal que caracteriza al proceso laboral; sin embargo, esa dilatación a la celeridad termina siendo un beneficio para una de las partes, que en la mayoría de las veces es la patronal por las circunstancias que se presentan, pero que tienden a perjudicar al proceso laboral, lo que también puede ocasionar que en lo futuro traiga consecuencias retroactivas a lo avanzado del juicio⁴⁶¹.

4.16. Clasificación de los incidentes laborales

La Ley Federal del Trabajo, menciona a los incidentes especificados en el artículo 762, donde establece que éstos se tramitarán como incidentes de previo y especial pronunciamiento. Así, tienen esta característica las cuestiones sobre nulidad, competencia, personalidad, acumulación y excusas.

Por lo que se refiere al incidente de nulidad es este una forma procesal que puede derivar en la declaración de nulidad de un determinado acto si el proceso se inicia con una notificación mal hecha; pero si llega a dictarse un laudo que cause ejecutoria, impediría el planteamiento de una cuestión de nulidad; de todas maneras, el interesado tendría como medio de impugnación el amparo indirecto, invocando ser persona extraña al juicio por no haber sido debidamente notificada y emplazada.

Los incidentes de nulidad, como se señaló, tienen por objeto que se declare la invalidez de una actuación, y por regla general las subsecuentes por defecto de competencia, actuación en día inhábil, falta de formalidades en una actuación, actuación fuera de término y, la más común, el defecto en la notificación.

Es de señalar que en materia laboral, los efectos de la nulidad consistirán en la declaración de ineficacia de la actuación y de sus consecuencias directas;

⁴⁶¹ Esto viene a colación a lo que señalamos de que la demandada es muchas de las veces la que obstaculiza los procesos laborales, ya que se piensa que retardar los procedimientos es cansar a la parte obrera, pero no se debe de olvidar que una acción por despido o rescisión genera salarios caídos hasta en tanto se resuelva el juicio, pero siempre que sea favorable al trabajador. Además, si por alguna circunstancia se promueve un amparo directo o indirecto, este puede ocasionar que lo avanzado de un proceso se anule y ocasione comenzar de nuevo.

debiendo aclarar que una actuación nula no afecta a otras posteriores si éstas tiene consecuencias autónomas, por ejemplo, la falta de citación a un testigo podrá provocar la nulidad de la declaración de deserción de la prueba, pero no tendrá efectos sobre una prueba confesional hecha con posterioridad.

Existe, en la Ley Laboral, una regla en tratándose de notificaciones mal hechas u omitidas, ya que el artículo 764 establece que si una persona se manifiesta sabedora de una resolución, y consta en autos, la notificación mal hecha u omitida surtirá sus efectos como si estuviese hecha conforme a la Ley.

Por lo que respecta al incidente de incompetencia, a partir de la reforma procesal de 1980 sólo se acepta por esta vía a través de la declinatoria que opone el demandado en la etapa de demanda y excepciones, y debe resolverse con previo y especial pronunciamiento, como lo ordena el artículo 762 de la Ley⁴⁶².

El incidente de falta de personalidad no requiere de la fijación de una audiencia especial, y tiene como fin que mediante una resolución interlocutoria se determine si las partes están o no adecuadamente representadas⁴⁶³.

El artículo 689 de la Ley Federal del Trabajo establece que son partes en el proceso del trabajo, las personas físicas o morales que acrediten su interés jurídico en el proceso y ejerciten acciones u opongan excepciones⁴⁶⁴.

El incidente de acumulación se encuentra previsto en la Ley Federal del Trabajo y tiene una regulación específica, como la competencia y la excusa, en el

⁴⁶² Concepto que hemos comentado en los temas 4.10. y 4.15 de este capítulo.

⁴⁶³ La situación más frecuente se plantea cuando el demandado, si se trata de una persona moral, comparece por conducto de representante legal y se pone en duda, por la parte actora que efectivamente lo sea, da lugar a que se impugne su personalidad, ya que el artículo 692, fracción II de la Ley Federal del Trabajo establece que cuando el apoderado actúe como representante legal de persona moral deberá exhibir el testimonio notarial respectivo que así lo acredite, y si el testimonio notarial es omiso en señalar el nombramiento, se le tendrá por no compareciendo a juicio; lo mismo acontece, respecto a la fracción III del mismo dispositivo legal, que establece que cuando el compareciente actúe como apoderado de persona moral, podrá acreditar su personalidad mediante testimonio notarial o carta poder otorgada ante dos testigos, previa comprobación de que quien le otorga poder está legalmente autorizado para ello, ya que de lo contrario la parte actora podrá impugnar la personalidad aduciendo que no se cumplen los extremos previstos por la Ley laboral.

⁴⁶⁴ Es importante recordar que el interés jurídico se presenta ante la necesidad que se tiene de acudir ante el órgano de Estado para pretender obtener, ante la resistencia de otro (demandado que opone excepciones y defensas), una resolución vinculante que satisfaga un derecho insatisfecho.

artículo 766 de dicho ordenamiento, el cual establece los supuestos en que debe operar la acumulación. Para el caso de la que la junta de conciliación de oficio, no lleve a cabo la acumulación, las partes pueden interponer el incidente con la finalidad de que exista unidad en las resoluciones, de acuerdo al principio de economía procesal⁴⁶⁵.

El incidente de excusas, se encuentra previsto como de previo y especial pronunciamiento y se contemplan los supuestos en el artículo 707 de la Ley. Dicho incidente por su propia naturaleza no suspende el procedimiento.

De acuerdo al artículo 765 de la Ley Federal del Trabajo, se dispone que los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial en la ley laboral, se resolverán de plano oyendo a las partes.

Esta es una regla que implica que el hecho de oír a las partes no significa que intervenga una de las partes en una audiencia o diligencia a manifestar. Si por el contrario, implica que pueda interponer un incidente, como es el caso de una liquidación de laudo, como lo señala el artículo 843, o bien, el de inexistencia de huelga, que tiene un trámite especial de acuerdo al artículo 930; así como también el de tachas a los testigos, que la ley obliga a que se haga de manera oral.

La condicionante de que se resuelva de plano conlleva que no deberá suspenderse el procedimiento mientras tanto se dicta el auto correspondiente.

⁴⁶⁵ Carnelutti, Francesco, *Sistema del Derecho Procesal...*, op. cit., p. 677. Debemos señalar que la acumulación de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo es la concentración de expedientes laborales por tratarse de acciones ejercitadas por el mismo actor contra el mismo demandado, en los que se reclamen las mismas prestaciones, o bien sean las mismas partes, aunque las prestaciones sean distintas, pero derivadas de una misma relación de trabajo y cuando se trate de juicios promovidos por diversos actores contra el mismo demandado, pudiendo originar en su caso resoluciones contradictorias. Carnelutti señala que la acumulación permite un solo proceso que opera para la composición de varios litigios conexos, con notable beneficio de la *litis*, de la justicia y, en cuanto al proceso del conocimiento, también de la certeza del derecho; el primero de los beneficios consiste, en que de una sola vez el juez y las partes realizan los actos que sirvan para la composición de más de un litigio; las partes proporcionan al juzgador acerca de los hechos que exponen respectivamente, mayores elementos para su decisión y finalmente, la decisión de varios litigios con un solo proceso favorece a la certeza, evitando la contradicción entre las sentencias.

4.17. Trámite de los incidentes en materia laboral

De conformidad con lo establecido por el artículo 761 de la Ley Federal del Trabajo, los incidentes que se interpongan se tramitarán dentro del expediente principal donde se promueve.

Este texto nos permite considerar que no solamente se refiere a los incidentes que se tramiten dentro de un proceso primario dentro del cual se ventilen las pretensiones y excepciones hechas valer por las partes, en un conflicto laboral, sino que también incluye cualquier tipo de procedimiento, pero que tenga relación directa con dicho proceso primario.

Lo anterior viene al caso en tratándose del proceso cautelar, el cual tiene relación directa con un juicio futuro, o bien, con el ya entablado, y que dentro de este proceso cautelar se puedan plantear incidentes previstos por la Ley Federal del Trabajo.

Ello se desarrolla bajo una interpretación correcta al artículo 763 de dicho ordenamiento legal, que señala que cuando se promueva un incidente dentro de una audiencia o diligencia, se substanciará y resolverá de plano, oyendo a las partes y continuándose con el procedimiento, lo que ocurre en tratándose del incidente de personalidad.

Esto implica que, en el desahogo de la vista a la medida cautelar adoptada, cualquiera de las partes puede promover un incidente cuando existan situaciones anormales para el buen desarrollo del procedimiento cautelar. Sin embargo como veremos más adelante, de acuerdo a nuestra legislación laboral, el trámite es de carácter mixto, ya que es incidental, resolviéndose como un recurso.

Pero volviendo al tema inicial, la ley laboral señala que cuando se promueva un incidente en los casos planteados (sobre nulidad, competencia, personalidad,

acumulación y excusas), por tratarse de cuestiones de previo y especial pronunciamiento, el mismo artículo 763, indica que no se resolverán de plano.

Dichas cuestiones motivan la suspensión del procedimiento y, dentro de las veinticuatro horas siguientes, se señala día y hora para que tenga lugar la audiencia incidental en la que se resolverá de manera interlocutoria, tal como lo dispone el artículo 837, fracción II, de la ley laboral.

En este contexto, la práctica forense recomienda que no tiene caso esperar veinticuatro horas para señalar fecha para la audiencia incidental, sino que al plantearse el incidente sobre los casos previstos, es conveniente indicar día y hora para que tenga lugar la citada audiencia, lo que implica notificar en ese mismo acto a las partes, sin haber necesidad de que la autoridad tenga que esperar dicho término.

Ahora bien, para el caso de aquellos incidentes que no tengan señalada una tramitación especial, de acuerdo al artículo 765 de la ley laboral, se resolverán de plano oyendo a las partes. Se trata, pues, del mismo supuesto que prevé el artículo 763 en sus primeras líneas, aunque éste se refiere al incidente de personalidad⁴⁶⁶.

Por excepción se tramitarán por cuerda separada, todos aquellos incidentes que no se tramiten dentro del expediente principal, como la denuncia de impedimento que prevé el artículo 710 de la ley laboral, y se señalará audiencia incidental, cuando la junta considere conveniente allegarse elementos de prueba para resolver⁴⁶⁷.

4.18. La revisión en materia laboral

Al analizar el tratamiento que da la Ley Federal del Trabajo a las providencias cautelares, resulta evidente que no hay uniformidad, es decir, que para el arraigo y el

⁴⁶⁶ Situación que se estudio en el tema 4.12. y 4.15, por lo que nos remitimos a lo dicho.

⁴⁶⁷ Es de precisar que aunque con las reformas procesales de 1980 donde se suprimió la recusación, esta se presenta bajo la llamada denuncia de impedimento para que un funcionario deje de conocer y en su caso resuelva un determinado conflicto laboral. Tal como lo indicamos en el tema 4.15., este incidente no suspende el procedimiento principal.

secuestro, se da un tratamiento distinto, aunque en la práctica forense se procure lo contrario⁴⁶⁸.

Una vez solicitada la providencia y decretada ésta, la ley laboral prevé un remedio procesal tendiente a nulificarla, además de sancionar al ejecutor de la providencia adoptada, para lo cual se sigue el trámite que señala el artículo 852 de la Ley Federal del Trabajo, es decir, se activa la revisión laboral.

A nuestro juicio, este remedio procesal denominado revisión, como en su momento lo justificaremos, nos parece un mecanismo en desuso, poco práctico y con errores técnicos y que, en su momento, será necesaria una reforma al respecto.

En principio La Ley Federal del Trabajo establece, en su artículo 849, que procede la revisión contra actos de los presidentes, actuarios o funcionarios legalmente habilitados, en ejecución de los laudos, convenios, de las resoluciones que ponen fin a las tercerías y de los dictados en las providencias cautelares.

La persona contra quien se adoptó la providencia, sea ésta arraigo o secuestro, de acuerdo al artículo 851 de la ley laboral, deberá presentar la revisión por escrito ante la autoridad que conoce de la providencia, dentro del término de los tres días siguientes en que se tenga conocimiento del acto que se impugna.

Es de aclarar, que este supuesto se activa cuando no se entiende la diligencia contra quien se dirigió la providencia, ya que, de lo contrario, se debe dar el improrrogable término de tres días para que cumpla la orden del presidente de la junta.

En la tramitación de la revisión, el artículo 852 de la Ley Federal del Trabajo establece que se ofrecerán las pruebas correspondientes, debiéndose dar vista a la parte contraria de la persona contra quien se adoptó la providencia, por término igual

⁴⁶⁸ Al respecto se hicieron algunas consideraciones en el tema 3.12., relativo al Procedimiento actual de las Medidas Cautelares en la LFT.

de tres días, para que manifieste lo que a su derecho convenga y, de igual forma, ofrezca las pruebas que juzgue pertinentes.

De tal suerte, se citará a una audiencia de pruebas y alegatos dentro de los diez días siguientes a la presentación de la revisión, en la que se admitirán y desahogarán las pruebas procedentes y se dictará resolución, la cual determinará procedente o no la revisión⁴⁶⁹.

Una vez promovida la revisión, se deberá integrar el órgano revisor en los términos del artículo 850 de la legislación laboral, por lo que tenemos que conocerá de la revisión la junta de conciliación o la junta especial de la de Conciliación y Arbitraje correspondiente, cuando se trate de actos de los presidentes de las mismas⁴⁷⁰.

Así mismo, se integrará por el presidente de la junta o el de la junta especial correspondiente, cuando se trate de actos de los actuarios o funcionarios legalmente habilitados,⁴⁷¹ y el Pleno de la Junta de Conciliación y Arbitraje, cuando se trate de los actos del presidente de ésta o cuando se trate de un conflicto que afecte a dos o más remas de la industria.

Al tratarse lo relativo a los incidentes y los medios de impugnación, se estableció que no es dable confundir el género con la especie, como acontece en materia laboral, ya que el género viene siendo el medio de impugnación, a través de los recursos, y que en la materia que tratamos, se confunde el recurso con el remedio, que es la revisión⁴⁷².

⁴⁶⁹ Es de resaltar que la fracción III del artículo 852 de la Ley Federal del Trabajo establece que si la revisión es declarada procedente, se modificará el acto que la originó en los términos que procedan y se aplicarán sanciones disciplinarias a los responsables conforme lo señalado en los artículos 637 al 647 de dicho ordenamiento legal que refiere al personal jurídico de las juntas de conciliación.

⁴⁷⁰ Este es el caso más común, cuando se ejecutan laudos, convenios y se autorizan medidas cautelares, considerándose que el presidente de las mismas obraron con exceso o defecto en el acuerdo que ordenaron.

⁴⁷¹ Los actuarios son aparte de los presidentes de las juntas los servidores públicos que en funciones de ministro ejecutor comete llega a cometer errores en las diligencias que se le ordenan lleve a cabo al despachar autos de requerimiento o en su caso de embargo, así como en la práctica de un secuestro provisional (medida cautelar).

⁴⁷² De Buen Lozano Nestor, *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 509 y 510. Este autor nos indica que "el procesalista español Manuel de la Plaza, citado por Jorge Trueba Barrera, estima que existen dos clases o maneras de impugnación: los remedios y los recursos. Los primeros –resume Trueba Barrera– son los que se resuelven por la misma autoridad jurisdiccional que conoce o

La especie, en este sentido, es la revisión que se contempla por la ley laboral, y que se utiliza para atacar el vicio cometido en la medida adoptada. En tal virtud, este remedio procesal es el medio a través del cual el inconforme con la medida cautelar recurre ante el órgano revisor a inconformarse, por el exceso o defecto en que se ejecutó la providencia.

Soy de la opinión que dicha revisión debería suprimirse, ya que se refiere a un recurso, y que en su lugar se tuviere a un incidente especificado, a través del cual se combatiera la providencia adoptada, y no se limitara dicho incidente a examinar el acto de ejecución, sino en la oposición a su contraria a la providencia adoptada.

La Ley Federal del Trabajo determina que la revisión implica llevar a cabo un examen de la actuación del presidente, actuario y funcionario habilitado en ejecución de la resolución en que se adoptaron providencias, para comprobar si se realizó de manera correcta la ejecución de la providencia adoptada⁴⁷³.

De la lectura literal del artículo 849, lo que se revisa es la ejecución, es decir, el acto material motivo de la providencia adoptada. Ello implica el examen de lo que se realiza en la diligencia, que será llevar a cabo el secuestro, o bien, prevenir el arraigo.

Para lograr tal fin, el artículo 852 del ordenamiento legal citado, establece la tramitación para revisar sí para el secuestro y el arraigo, los servidores públicos cumplieron con la ley.

Nos parece que el legislador erró el procedimiento, ya que lo que debió estar sujeto a éste remedio procesal, es que se acreditara por el peticionario la necesidad que aduce, ya sea el peligro, de que la persona contra quien se dirige la providencia

conoció del proceso, cuando se producen determinadas anomalías procesales; en tanto que los segundos son del conocimiento de otro órgano jurisdiccional de categoría superior, que revoca o confirma la resolución impugnada".

⁴⁷³ Lo que debe interesar a la legislación laboral, es que exista un procedimiento sistemático y organizado dentro del cual se ventile una necesidad y una oposición, y porque no, una solución anticipada a un futuro juicio, y no limitarse la ley a sancionar a los servidores públicos, cuando se determina que se cumplieron con los supuestos de la ley laboral para autorizar medidas cautelares.

se ausente u oculte y sea difícil entablar una demanda, o ya entablada no asuma su responsabilidad; o bien, que se presuma, o apariencia del buen derecho.

La Ley Federal del Trabajo, determina que la revisión implica llevar a cabo un examen al acto de Presidentes, actuarios y funcionarios habilitados en ejecución de la resolución en que se adoptaron providencias, para comprobar si se realizó de manera correcta la ejecución de la providencia adoptada.

El artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo, al señalar que la revisión procede contra actos de ejecución, entre otros supuestos, de Presidentes y Actuarios; tratándose de providencias cautelares, significa, que la revisión operará cuando exista exceso o defecto en la ejecución.

De la lectura literal al artículo 849 lo que se revisa es la ejecución, es decir el acto material motivo de la providencia adoptada, es decir, lo se realiza en la diligencia, que será llevar a cabo el secuestro, o bien, prevenir el arraigo.

Para lograr tal fin, el artículo 852 del ordenamiento legal en cuestión, establece la tramitación para revisar si, para el secuestro y el arraigo, los sujetos a revisión cumplieron con la ley.

Me parece, que el legislador erró el procedimiento, ya que lo que debió estar sujeto a este remedio procesal es la acreditación, por parte del peticionario de la necesidad que aduce, ya sea el peligro de que la persona contra quien se dirige la providencia se ausente u oculte y sea difícil entablar una demanda, o ya entablada, no asuma su responsabilidad; o bien, que se presuma la insolvencia económica de la patronal.

El artículo 852 del citado ordenamiento legal señala que en la tramitación de la revisión precisa que la parte afectada contra quien se adoptaron medidas cautelares deberá al promover la revisión ofrecer las pruebas que considere

necesarias para demostrar la indebida actuación del funcionario de la junta que ordenó o en su caso ejecutó medidas⁴⁷⁴.

Del escrito de revisión se dará vista a las otras partes por tres días, para que manifiesten lo que a su derecho convenga y ofrezcan las pruebas que juzguen pertinentes y hecho que sea, se citará a una audiencia de pruebas y alegatos, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la revisión, en la que se admitirán y desahogarán las pruebas procedentes y se dictará resolución⁴⁷⁵.

Este trámite deberá suprimirse para dar paso al incidente de oposición, que entre otros efectos será anular las medidas cautelares solicitadas que se encuentren viciadas⁴⁷⁶.

Además, se observa que en el último párrafo del citado artículo 852, se señala que, declarada procedente la revisión, se modificará el acto que la originó en los términos que procedan y se aplicarán las sanciones disciplinarias a los responsables.

El último párrafo del artículo 852, sin embargo, muestra una deficiencia, ya que al señalar que se modificará el acto que dio origen a la revisión, deja de lado el alzamiento, la anulación y el mantenimiento de las medidas cautelares.

Ello hace necesaria la debida sistematización del proceso cautelar laboral, ya que como observamos existe una confusión y dispersión de normas jurídicas, lo que conlleva a unificar este proceso, pues la revisión debe replantearse en una futura reforma a la legislación laboral.

En este sentido, bien vale que el Derecho del Trabajo, en cuanto derecho social abunde en estos temas y se ponga en práctica el trabajo desarrollado ante las

⁴⁷⁴ Por lo general será el presidente y los actuarios quienes son sujetos de la revisión.

⁴⁷⁵ El artículo 838 de la Ley Federal del Trabajo establece que la junta dictará sus resoluciones en el acto en que concluya la diligencia respectiva o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

⁴⁷⁶ Este aspecto será abordado en el capítulo quinto y donde se justificará la posibilidad de anular actos viciados.

juntas de conciliación, lo cual daría los resultados que se esperan, ante todo, hacer del proceso laboral, más rápido y eficaz en pro de la misma sociedad.

Cabe observar que además, nos encontramos con un obstáculo para el buen desarrollo del procedimiento incidental, pues no debe cuestionarse el desempeño del servidor público, ya que éste no es parte, sino que las partes en juicio acrediten, por una parte, su derecho cautelar y por la otra, su oposición.

Además, como parte de la organización del proceso cautelar se hace necesario uniformar el término conceptual de medidas cautelares acorde a la teoría general del proceso y con ello dar lugar a un estudio más profundo a las características y presupuestos de estas acorde a este derecho social.

Por lo que respecta de las sanciones al personal jurídico de las Juntas, la Ley Federal del Trabajo establece en su Título Doce el procedimiento incidental a través del cual se investigará si se cumplieron con sus obligaciones.

En cambio, bajo el trámite que señala el artículo 852 de la ley laboral, se permitiría a través de un medio de defensa que estableciera la ley, el planteamiento de las causas de defensa sobre la providencia cautelar adoptada⁴⁷⁷.

Así, es preciso que se hagan valer en el incidente de oposición los hechos o razones que se opongan a su procedencia, requisitos, alcances, tipo y demás circunstancias que se planteen para demostrar a la autoridad laboral que no se actualizan los presupuestos de las providencias cautelares, y que en su adopción se cometieron errores procesales, traducidos en vicios, mismos que causan un perjuicio a la parte contra quien se adoptó.

⁴⁷⁷ Para lograr tal objetivo es necesario que se sistematice el proceso cautelar laboral y se unifique el mismo.

Lo anterior, tendría como consecuencia la nulidad, misma que tendría que atacarse a través del incidente de oposición, puesto que de lo contrario, dicha nulidad se convalidaría.

Además, como se encuentra actualmente el artículo 852 de la ley laboral, en su fracción III, de resultar procedente la revisión, indica que se procederá a modificar el acto que lo originó, lo cual contraviene lo establecido en el artículo 848 del citado cuerpo legal, ya que la junta de conciliación no puede revocar sus propias resoluciones, lo que resultaría ilegal.

Toda vez, que al modificar el acto que lo originó y aplicar sanciones, en primer término, como se mencionó contraviene lo establecido en el artículo 848 de la ley laboral, ya que la Junta revocará sus propias resoluciones, lo que resultaría ilegal, además, refiriéndonos a las sanciones ya establecimos que el Título doce de la Ley Federal del Trabajo prevé lo relativo al personal jurídico de las Juntas ⁴⁷⁸.

Las sanciones, de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, no tienen que sujetarse a criterios personales de los integrantes de la junta y sí a una debida aplicación de la ley en comento, ya que el último párrafo del artículo 852 fracción III, se sujeta al procedimiento incidental de imposición de sanciones al personal jurídico por no observar sus obligaciones, pero reitero, no es el personal jurídico a quien hay que cuestionar su función, sino a las partes, que tienen que demostrar los extremos de las medidas cautelares y probar la oposición contra éstas ⁴⁷⁹.

Ante ello, es necesario suprimir del artículo 849 que la revisión procede contra las medidas cautelares, ya que, al proponer un remedio procesal que mejor se

⁴⁷⁸ De Buen Lozano, Nestor, *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 510. Al respecto el autor indica que "debe admitirse que la expresión "remedio" parecería ajustarse mejor a esas vías de impugnación que establece la LFT y a las que no cabe denominar recursos, en primer término porque no lo son, y, en segundo lugar, porque de calificarlos como tales, se produciría una violación evidente a partir de la prohibición de los recursos prevista en el art. 848".

⁴⁷⁹ En este sentido debe el peticionario de las medidas cautelares acreditar la apariencia de buen derecho y el peligro por la demora, en cambio, la parte contra quien se adoptaron las medidas demostrar su resistencia a que se mantengan éstas, pudiendo modificarse, alzarse y anularse.

adapte al trámite de defensa, tanto para anular, modificar, mantener o alzar las medidas cautelares, resulta innecesario dicho trámite.

4.19. El Incidente en el Nuevo Procedimiento Cautelar Laboral.

En el capítulo tres al tratar el tema del procedimiento cautelar establecimos que Carnelutti refiere a que la impugnación a las medidas cautelares es un tema completamente descuidado por la doctrina y la legislación, no hallándose causa o razón de ello⁴⁸⁰.

La Ley Federal del Trabajo, para que contemple un verdadero proceso cautelar, requiere que exista una oposición a la petición de providencias cautelares como remedio procesal propiamente dicho. Para ello, prever el incidente de oposición dará la pauta para entrar a la contención por parte de la persona contra quien se adoptó la medida⁴⁸¹.

A través del incidente de oposición, el incidentista, u opositor, tendrá que resistirse a la providencia esgrimiendo cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcances y demás circunstancias de la providencia acordada.

En cambio, una vez planteado el incidente el peticionario de la providencia acordada tendrá que sostener que existen los presupuestos de las medidas cautelares, es decir, que existe peligro en la demora y que la apariencia del buen derecho.

Para ello el artículo 861 de la Ley Federal del Trabajo deberá precisar que para decretar las medidas cautelares que se soliciten, sean bajo responsabilidad del

⁴⁸⁰ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 239. El tratadista indica que se “comprende que la impugnación debería admitirse tanto en la decisión positiva como la decisión negativa, esto es, tanto respecto del acogimiento como del rechazamiento de la demanda de providencia cautelar”.

⁴⁸¹ Ramírez Gómez, Armando, *Derecho Procesal del Trabajo*, centro de impresión, México, 1998, p. 22. En nuestra opinión los recursos y los remedios procesales son medios para atacar la ilegalidad de una resolución o diligencia, distinguiéndose en cuanto que en aquellos se ataca el fondo y en éstos se ataca la mera forma procedimental.

trabajador, tanto al presentar la demanda o con posterioridad, formulándose por escrito y tramitándose por cuerda separada⁴⁸².

En este sentido deberá establecerse que el presidente de la Junta, podrá decretar las medidas solicitadas tomando en cuenta los presupuestos y pruebas ofrecidas por el peticionario para acreditar la necesidad⁴⁸³.

Siguiendo el orden del procedimiento cautelar y para dar lugar a la impugnación por falta de acreditamiento de los presupuestos, será indispensable que se definan en la Ley Federal del Trabajo, por lo que para los efectos del proceso cautelar se consideran presupuestos de las medidas cautelares, el peligro por la demora⁴⁸⁴, además, la apariencia de buen derecho⁴⁸⁵.

Lo anterior da lugar a que la falta de los presupuestos traiga consigo la nulidad, situación que sería planteada a través del incidente de oposición que promovería la persona contra quien se adoptaron las medidas⁴⁸⁶.

En este tenor, el Presidente de la Junta, dentro de los tres días siguientes a la solicitud, acordará las medidas cautelares pertinentes, debiendo acordar las condiciones a que se sujetará la medida, a efecto de que no se suspenda o dificulte el desarrollo de las actividades de la empresa o establecimiento⁴⁸⁷.

⁴⁸² Es necesario precisar que en la actualidad dicho artículo se refiere únicamente para decretar un secuestro provisional, por lo que se plantea que dicho artículo tenga otra connotación para dar lugar al procedimiento cautelar sobre adopción, negativo y oposición de medidas cautelares.

⁴⁸³ Observase como en este apartado los presidentes de las juntas en base a las pruebas que se deberán de desahogar de manera rápida, que se acrediten los presupuestos de las medidas cautelares, bajo pena de nulidad en caso de que no se acrediten éstos, situación que será planteada en el incidente de oposición.

⁴⁸⁴ Para los efectos del Derecho laboral, dicho presupuesto se presentará cuando quien solicita justifica podrían producirse durante el proceso situaciones que impidiesen o dificultaren la efectiva ejecución del laudo que fuera favorable al trabajador.

⁴⁸⁵ En este sentido el *fumus boni iuris*, implicara la justificación, argumentos o datos que conduzcan al Presidente de la Junta, estimar, sin prejuzgar el fondo del asunto, que el trabajador tendría un lado favorable al fundamento de su pretensión.

⁴⁸⁶ Este incidente que se propone, vendrá a colmar una laguna más de ley, toda vez, que la persona contra quien se adoptaron medidas cautelares podrá resultar ser una persona totalmente ajena a juicio y que bien podría mediante el incidente de oposición deslindarse de toda responsabilidad, y no esperarse a que se emita laudo para que se acredite que no es responsable de la relación laboral.

⁴⁸⁷ Esto nos resulta importante, ya que el que tratándose de un secuestro provisional queda como depositario de los bienes el propio demandado, quien no podrá enajenar, donar o traspasar los bienes afectados de garantía.

Asimismo, se sugiere que el artículo 862 de la ley laboral sea reformado, puesto que no tendría necesidad de aplicarse dado que el artículo 861 establece con claridad el trámite para el peticionario. Bastará que se haga la solicitud, tal como si fuera una demanda, y los extremos a probar, que son los presupuestos que previamente analizó el presidente⁴⁸⁸.

Para dar pie a lo antes comentado sería necesario que dicho artículo estableciera que acordadas las medida cautelares por el presidente de la junta, la persona contra quien se solicitaron, podrá formular oposición, esgrimiendo como causa de aquéllas cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, presupuestos, alcances, tipo y demás circunstancias a la medida acordada.

Resuelto el incidente de oposición, de acuerdo a lo señalado, se ordenará, modificar, alzar, mantener o anular⁴⁸⁹ las medidas acordadas.

Cabe señalar que como parte del procedimiento cautelar si el demandado constituye depósito u otorga fianza bastante, a juicio del presidente, no se llevará a cabo la medida cautelar o se levantará la que se haya decretado, lo cual, debe considerarse puesto que independiente del remedio procesal que se promoverá, podrá estarse al presente supuesto.

Por otra parte, el artículo 864 de la Ley Federal del Trabajo deberá tener otra redacción para dar pie al incidente de oposición como medio para anular las medidas cautelares, por lo que la persona contra quien se adoptaron las medidas cautelares ofrecerá sus pruebas tendientes a demostrar la falta de presupuestos.

⁴⁸⁸ El artículo 862 de la Ley Federal del Trabajo, establece que en el caso de la fracción II (como se encuentra se actualmente, para que el presidente tomando en consideración las circunstancias del caso y las pruebas rendidas, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la que se le solicite, podrá decretar el secuestro provisional, si a su juicio es necesaria la providencia), se considerara necesaria, cuando el solicitante compruebe que el demandado tiene diferentes juicios, o reclamaciones ante autoridades judiciales o administrativas promovidos por terceros en su contra y que por su cuantía, a criterio del presidente, exista el riesgo de insolvencia. Situación que resultaría innecesaria ya que el artículo 861 que se propone contemplaría dichos extremos.

⁴⁸⁹ De lo cual se abundará en el capítulo cinco.

Del incidente de oposición se dará vista a las otras partes por tres días, para que manifiesten lo que a su derecho convenga y ofrezca las pruebas que juzgue pertinentes y se citará a una audiencia de pruebas y alegatos, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la oposición, en la que se admitirán y desahogaran las pruebas procedentes y se dictarán resolución⁴⁹⁰.

Es por ello que propongo que la Ley Federal del Trabajo, sea modificada, a fin de dar otro sentido a las medidas cautelares, tanto en su tratamiento como el medio de impugnación que se despliegue contra las mismas. En tal virtud, debe suprimirse el término “revisión” para las medidas cautelares, ya que de manera general se tramita contra presidentes, actuarios y funcionarios legalmente habilitados y no contra los actos propios que deberían impugnarse.

Tal como se encuentra previsto en los artículos 849 al 852 de la Ley Laboral, no puede plantearse la revisión por actos mediante los cuales se dio trámite a la medida cautelar solicitada, en base a la necesidad planteada, por lo que es necesario un procedimiento autónomo a las medidas cautelares como se propone.

El peligro por la demora y la apariencia de buen derecho son presupuestos que deben acreditarse para acordarse las medidas solicitadas, y que, en caso de violación, el incidente de oposición es un remedio para su anulación.

Soy de la opinión que el incidente de oposición que se propone, resolvería muchos problemas en lugar de la mal llamada “revisión”, ya que daría lugar a un verdadero proceso cautelar, que permitiría anular las medidas viciadas.

Cabe considerar que en este contexto, se presentan dos supuestos: la necesidad de la providencia y la oposición a ésta; las juntas se evitarían un sinnúmero de problemas, ya que al decretar la medida cautelar, ésta se sujetaría a la

⁴⁹⁰ Resuelto el incidente de oposición, de acuerdo a lo señalado, se ordenará anular, modificar, alzar o mantener las medidas cautelares acordadas.

acreditación por el solicitante de ésta, y al opositor a nulificarlas, lo que la junta resolvería mediante resolución, alzar, mantener o anular la medida cautelar.

Además, la revisión se practicará por un órgano superior a quien dictó una resolución, para examinar si dicha resolución se encuentra fundada y motivada, y en caso de que no sea así modificaría la misma. En el caso de la materia laboral, sólo es para cuando existe exceso o defecto en la ejecución de los actos del presidente y actuario.

Precisa Vizcarra que la “revisión es un recurso que tiene como objetivo modificar o revocar una resolución, incluso ordena la reposición de un proceso. Debe recordarse que, conceptualmente, la revisión es el recurso que tiene por objeto que un tribunal superior al que dictó la resolución la revise oficiosamente, en su caso la revoque, modifique o made reponer el procedimiento”⁴⁹¹.

Dicho lo anterior, es evidente y necesaria la reforma a la Ley Federal del Trabajo con relación a la revisión, ya que este término se refiere a un recurso, y vemos que no se trata de un recurso, aunque algunos tratadistas le dan ese concepto. Se debe eliminar y, en su lugar, prever el incidente de oposición, que tendría como finalidad que la persona contra quien se dictó la providencia se resistiere a la presunta necesidad de quien solicita providencias cautelares⁴⁹².

4.20 El aviso de rescisión como medida cautelar laboral

A continuación procederemos a ver un caso que bien puede ser planteado como una medida cautelar, tal es el polémico aviso de rescisión, que de acuerdo a sus propias características, mismas que analizaremos más adelante, sería una medida cautelar a favor de la parte patronal y benéfica para justicia laboral.

⁴⁹¹ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General...*, op. cit., p. 278.

⁴⁹² Idem.

La rescisión de los contratos implica, siempre y en todos los casos, el incumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes. Cuando alguno de los contratantes incumple lo convenido, la contraparte tiene la opción de exigir su cumplimiento o, en su defecto, la rescisión del contrato, con todas las consecuencias legales que se deriven de tal incumplimiento⁴⁹³.

En materia laboral, la garantía de permanecer en el empleo brinda tranquilidad al trabajador, beneficia a la empresa la experiencia acumulada y consolida la convivencia social. “La estabilidad en el trabajo no daña a ninguna buena relación laboral”⁴⁹⁴.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 mantuvo una estabilidad precaria; el trabajador podía ser despedido sin ninguna explicación; casi siempre desconocía la causa de la separación; cuando acudía ante la Junta de Conciliación y Arbitraje a pedir su reinstalación, o indemnización, carecía de elementos para sustentar su defensa.

La Ley de 1970 pretendió acabar con el despido fácil, arbitrario, muchas veces producto del capricho. En la actualidad, el artículo 47 de la normativa laboral impone al patrón la obligación de dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa, o causas, de la rescisión.

En caso de que el patrón no cumpla con esta obligación, no estará impedido de alegar en su defensa ninguna causa justificada de despido. Por tanto, si en juicio se prueba el despido, independientemente de la justificación o injustificación, la empresa debe hacer la reinstalación o pagar la indemnización, a elección del propio trabajador.

⁴⁹³ Davalos, José, *Tópicos Laborales*, tercera edición, Porrúa, México, 2000, p. 74.

⁴⁹⁴ Idem.

Sin embargo, a pesar de que esta reforma al artículo 47 de la Ley laboral constituyó la confirmación del principio de la estabilidad en el empleo, pero en la actualidad, los patrones han encontrado la forma de manipular el mandato legal.

Por tal motivo, los tribunales del trabajo saben cuál es el fondo de las argucias patronales. Si no obstante el ofrecimiento de reinstalación en el empleo, el trabajador continúa sosteniendo que el patrón lo despidió, en este caso asume la carga de la prueba; “habrá de demostrar ante la junta en qué consistió el hecho del despido que atribuye al patrón”⁴⁹⁵.

Al trabajador se le dificulta una situación así, ya que en primer lugar, reunir las pruebas resulta difícil. Para empezar, los testigos, generalmente trabajadores, no desean problemas con el patrón y prefieren guardar silencio.

Por tal razón, resulta necesario un nuevo tratamiento al aviso de rescisión, ya que esta práctica, que se observa a diario ante las Juntas, no trae más justicia y sí nula efectividad.

Ante esas circunstancias, observamos que el citado aviso de rescisión, bien vale que tenga otro tratamiento, que pudiera ser bajo el contexto de las medidas cautelares, ya que como vemos es un acto jurídico preventivo que realiza el patrón ante una eventual demanda que presentará un trabajador, con el fin de justificar la separación definitiva de un empleado.

En consecuencia, desarrollaremos esta figura procesal laboral para determinar que dentro del Derecho laboral es factible que se pueda adoptar una nueva medida cautelar, ya que por la naturaleza de esta materia, se busca una solución inmediata a los conflictos que se lleguen a suscitar.

⁴⁹⁵ Idem.

4.20.1. Causas de rescisión previstas en la Ley Federal del Trabajo

El artículo 46 de la Ley que nos ocupa, previene que el trabajador o el patrón podrán rescindir, en cualquier tiempo, la relación de trabajo, por causa justificada, sin incurrir en responsabilidad.

Indica Rojina, que de “ahí brota el principio que cualquiera de los sujetos de la relación puede decidir la rescisión, ya que uno u otro pueden incumplir sus obligaciones”⁴⁹⁶.

Respecto a este apartado, el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, establece causales específicas a través de las cuales el patrón podrá dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad de su parte, si el trabajador incurre en alguna o algunas de ellas.

Por tanto, tenemos que si al patrón el trabajador lo engaña o en su caso, el sindicato que lo hubiere propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuya al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejara de tener efectos después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador.

Para que realmente pueda proceder la aplicación de esta causa es necesario, que exista un engaño⁴⁹⁷ ya sea por parte del trabajador o del sindicato que lo haya

⁴⁹⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos*, Tomo IV, vigésima segunda edición, Porrúa, México, 1993, p. 229-265. En el contrato de arrendamiento encontramos el origen del contrato de trabajo, ya que en el de arrendamiento civil, indica Rojina, encontramos a una persona llamada arrendador quien concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa (*locatio conductio rei*), mediante el pago de un precio cierto; en materia laboral la relación de trabajo se inspira en este concepto al señalar que cualquiera que sea el acto que le da origen, es la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario y el contrato de trabajo, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario, lo que se equipara al contrato romano *locatio conductio operarum*. En ese sentido, la rescisión laboral tiene su origen en este tipo de contrato civil, ya que las partes pueden por diversas causas dejar sin efecto el contrato por decisión de una o ambas partes, cumpliéndose además con un requisito civilista, como es el de dar aviso de la terminación del contrato. Establece Rojina que la rescisión es otra forma de terminar el contrato y que tiene lugar por incumplimiento de las obligaciones de las partes, (obsérvese que se trata de una regla civilista aplicable a la materia laboral. En el capítulo segundo relativo al tema 2.1.1. sobre los antecedentes de las garantías sociales en Francia, comentamos lo relativo al contrato de trabajo que se equiparaba a un contrato de arrendamiento de prestación de servicios o contrato de obra.

⁴⁹⁷ Voz “engaño”, en *Diccionario Enciclopédico Larousse*, tercera edición, México, 2000, p. 389. Engaño es la acción y efecto de engañar o engañarse, haciendo creer algo que no es verdad; por tanto aplicado a la relación obrero-patronal, consistirá en hacer creer al patrón, por parte del trabajador, algo que no es verdad y que perjudica la función para la cual fue contratado.

propuesto, ya que de lo contrario el patrón no podrá rescindir el contrato aunque el trabajador sea incompetente en su empleo desempeñado.

Ahora bien, para probar el engaño se requiere que el patrón lo acredite con los documentos que le fueron entregados por el trabajador cuando solicitó el empleo, como podría ser el certificado profesional o las cartas de recomendación, en donde en estas últimas se manifiesta expresamente las cualidades o capacidades que tiene el trabajador, para efectuar un trabajo; respecto al certificado profesional, éste avala los conocimientos necesarios que posee la persona para prestar sus servicios.

Otra causal consiste en que el trabajador incurra durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, malos tratos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia.

Otra cuestión importante son los amagos y las amenazas⁴⁹⁸, al respecto, indica Cavazos que es necesario estudiarlos a cada uno por separado. Lo anterior al declarar una amenaza⁴⁹⁹, ésta lleva implícita una intención de dañar; en cambio el amago⁵⁰⁰ sólo conlleva la intención de asustar⁵⁰¹.

También es causal de despido, los malos tratos en contra del patrón, sus familiares, o del personal directivo y administrativo, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia. Dicha conducta es muy difícil de definir y mucho más difícil de comprobar.

⁴⁹⁸ Cabazos Flores, Baltasar, *Causales de Despido*, cuarta edición, Trillas, México, 1996, p. 36. Indica el autor que "según el diccionario de Sinónimos de la Lengua castellana, ambos conceptos son la misma cosa, lo mismo que intimidación, reto y ultimátum".

⁴⁹⁹ Voz "amenaza", *Diccionario Jurídico de Derecho*, vigésima sexta edición, Porrúa, México, p. 80. Amenaza, es el anuncio traducido en palabras o actos, de un mal que ha de recaer sobre persona o personas determinadas (formuladas directa o indirectamente contra ellas con la intención de hacer un daño).

⁵⁰⁰ Voz "amago", *Diccionario Enciclopédico Larouse*, Agrupación Editorial S.A., México, 2001, p. 76. Acción de amagar, para ello, amagar es dejar ver la intención o disposición de ejecutar próximamente alguna cosa; fingir que se va a hacer o decir alguna cosa.

⁵⁰¹ Cabazos Flores, Baltasar, *Causales...*, op. cit., p. 36.

Para que se pueda considerar los malos tratos motivo de rescisión, se requiere que, en efecto, sean malos tratos de verdad, y que los mismos se configuren en hechos que sean factibles de demostrar, como lo es una zarandeada o un empujón en público⁵⁰².

También es motivo de despido si comete el trabajador contra alguno de sus compañeros cualesquiera de los actos señalados en el párrafo anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeñe el trabajo.

Esta fracción implica dos situaciones diferentes de acuerdo a Ramírez Fonseca, que deben probarse por separado, a fin de poder ser absuelto por las autoridades del trabajo. “En primer lugar, se debe acreditar la falta de honradez o probidad, actos de violencia, amagos, injurias, o malos tratamientos en contra de algún compañero de trabajo; y, en segundo término, que como consecuencia de ello se altere la disciplina del lugar en que desempeña el servicio”⁵⁰³.

A manera de ejemplo, tenemos cuando un trabajador es despedido de su empleo por reñir con un compañero de trabajo; posteriormente a la hora de contestar la demanda, el patrón efectivamente declara que lo despidió porque se había liado a golpes con un compañero, pero se olvida probar que con motivo de la riña se alteró la disciplina en el lugar de trabajo.

Además es motivo de rescisión, cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos de falta de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo.

⁵⁰² Idem.

⁵⁰³ Ramírez Fonseca, Francisco, *El Despido*, décima edición, Editorial PAC, México, 1992, p. 77. Indica este autor que indudablemente se condenará al patrón a cumplir con la acción ejercitada por el trabajador y además le tendrá que pagar todos los salarios caídos.

Esta causal solo podrá ser procedente cuando las faltas que se imputan al trabajador hagan “imposible” el cumplimiento de la relación de trabajo. Es decir, si las ofensas o insultos proferidos no hacen “imposible” la continuación de la relación de trabajo, entonces no es procedente su invocación.

Por lo tanto, creo que en la práctica es muy fácil que el patrón compruebe que al despedir al trabajador, se hace imposible el cumplimiento de la relación laboral.

También es causal de rescisión ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivos de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo.

Lo previsto en esta causa de despido, por el dolo que ella implica, el patrón tendrá siempre la posibilidad de exigir que sean reparados los daños y perjuicios que se le hubiesen causado o inclusive el derecho de ejercitar las acciones penales que correspondan.

Otra causal es ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla el párrafo que antecede siempre que sean graves, sin dolo pero con negligencia tal que ella sea la causa única del perjuicio.

No es necesario que haya dolo del trabajador en los perjuicios que cause el patrón, ya que también puede proceder el despido justificado si hubiese negligencia, tal que ella sea la causa única del perjuicio. “Por lo tanto, si el trabajador negligente ocasiona perjuicio grave al patrón, pero su negligencia no es la causa única del perjuicio, el despido resultara injustificado”⁵⁰⁴.

Además, considero muy importante que el patrón debe de tomar todas las medidas necesarias para que su trabajador no cometa dicha torpeza, ya que es

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 41.

responsabilidad del patrón proporcionar la adecuada capacitación y adiestramiento a su empleado, para evitar un perjuicio a su empresa.

Motivo de rescisión será comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentran en él.

Esta causal para que sea aplicable, se requiere que haya imprudencia o descuido inexcusable por parte del trabajador y, en consecuencia, será lo primero que habrá que probar en juicio, además de que se haya puesto en peligro la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentran en el.

Otro motivo de rescisión es cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo. Surtirá efectos ésta en el momento que se realicen actos inmorales dentro del lugar de trabajo, como lo puede ser una oficina o una camioneta, es decir, si un chofer, es sorprendido dentro de ella realizando actos inmorales, aunque no se encuentre en sus días y horas laborables, será despedido, puesto que se encuentra dentro del lugar de trabajo.

También se rescinde, cuando revela el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

Para que esta causal sea procedente, es necesario que se prueben dos cuestiones. La primera es acreditar que el trabajador revela secretos de fabricación, o que dio a conocer asuntos de carácter reservado y, la segunda es probar que con dicha revelación se causaron perjuicios a la empresa⁵⁰⁵.

Sin embargo, cuando un trabajador efectivamente revela el secreto pero no se acreditan los perjuicios que con dicha revelación se hubiesen causado, se tendrá que condenar al patrón.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 44.

Causa baja también, tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un periodo de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada.

Considero que esta causal es muy clara, ya que si un trabajador falta a su trabajo cuatro días o más dentro de un periodo de treinta días, puede ser despedido, sin responsabilidad legal para el patrón.

Señala al respecto Ramírez Fonseca que la falta de asistencia debe entenderse como inasistencia al trabajo; por ende, el trabajador que llega después de la hora de entrada, o de iniciación de la jornada, no falta a su trabajo para los efectos del cómputo a que se refiere esta causal⁵⁰⁶.

Ahora bien, si el trabajador pide permiso al patrón para faltar al trabajo y éste se le concede, no tendrá por que computarse como una falta injustificada o sin permiso al empleado; pero si, por el contrario, el patrón niega dicho permiso, la falta será injustificada, y si son más de tres en un periodo de treinta días, dará lugar al despido sin responsabilidad para la parte patronal.

Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado, también es rescisión.

Para que la desobediencia del trabajador sea causal de despido se requiere que la orden se refiera al trabajo pactado, toda vez que la facultad del patrón de mandar, y el derecho a ser obedecido, tiene necesariamente que circunscribirse a lo expresamente estipulado en el contrato.

Por todo lo anterior, considero que los contratos de los trabajadores deben estar bien elaborados, para evitar problemas de interpretación, ya que en estos supuestos, en caso de duda, se deberá resolver a favor del trabajador. Asimismo,

⁵⁰⁶ Ramírez Fonseca, Francisco, *El Despido...*, op. cit. 94.

resulta indispensable precisar con toda claridad en que consiste el servicio prestado e inclusive anexar a cada contrato una descripción del puesto correspondiente.

Esta causal se refiere, a que se hace indispensable que los trabajadores adopten todas las medidas cautelares que están a su alcance y que también sigan, escrupulosamente, todos los procedimientos indicados⁵⁰⁷.

Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico, droga o enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción del médico.

Se exceptúa expresamente en caso de que exista alguna prescripción médica, cuando se trate de drogas o enervantes. En cualquiera de estos supuestos, el trabajador siempre tendrá la obligación de presentar a su jefe inmediato superior la receta suscrita por él médico, antes de iniciar el servicio.⁵⁰⁸

La no presentación de la prescripción médica, antes de empezar a laborar, hace que esta resulte ineficaz, salvo causas especiales, que desde luego tendrá que acreditar quien las invoque.

La sentencia ejecutoria que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo, es motivo también de rescisión de la relación de trabajo, ya que como indica Francisco Fonseca, que “esta causal no se refiere a cualquier clase de sentencia, sino solo a las ejecutorias, es decir, a las sentencias firmes”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 129. Señala Trueba Urbina que la “ley laboral consigna la obligación de preservar la salud y la vida de los trabajadores, por que el bien jurídico que aquí se tutela es, creemos nosotros, el de mayor jerarquía en el ámbito de la seguridad social. (*Prius est esse quam taliter esse*, o lo que es lo mismo, primero es ser y después la forma de ser)”.

⁵⁰⁸ Ramírez Fonseca, Francisco, *El Despido...*, op. cit., p. 57.

⁵⁰⁹ Trueba Urbina, Alberto, *et al, Ley Federal...*, op. cit., p. 142. Al respecto, el autor menciona que cuando la Ley habla de sentencia ejecutoria que imponga al trabajador una pena de prisión, obviamente se refiere a una sentencia en materia penal, pues solamente en estos casos se puede imponer como pena la privación de la libertad.

En consecuencia, el simple arresto o detención administrativa del trabajador no implica, por ese solo hecho, la posibilidad de la rescisión de su contrato, sin responsabilidad patronal.

Una sentencia condenatoria en contra del trabajador, que no haya causado ejecutoria, solo da lugar a la suspensión de la relación laboral, de acuerdo a las fracciones III y IV del artículo 42 de la Ley Federal del Trabajo, como lo es la prisión preventiva del trabajador seguida de sentencia absolutoria o de su simple arresto, dichas cuestiones son causas de suspensión temporal de las obligaciones de prestar el servicio y pagar el salario, sin responsabilidad para el trabajador y el patrón.

Las análogas⁵¹⁰ a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajador se refiere, por tanto, podemos señalar que la enumeración a que se refiere el artículo 47 comentado es abierta (*numerus apertus*) y desde luego no restrictiva ni limitativa.

Sin embargo, en caso de que se invoque esta la fracción XV del artículo 47 de la ley laboral habrá que relacionarla con otra de las previstas, afín de establecer la analogía correspondiente⁵¹¹.

La analogía es una forma de interpretación de las leyes que consiste en extender a un caso no previsto, la regulación establecida para otro, por razones semejantes⁵¹².

⁵¹⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, quinta edición, Porrúa, México, 2003, p. 93. Precisa este doctrinario italiano que en el lenguaje común, "analogía es (casi) sinónimo de "semejanza". En el lenguaje jurídico, suele llamarse "aplicación analógica" a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma. Se usa la analogía cuando, por ejemplo, se aplican a un contrato atípico (o innominado) normas relativas a un contrato típico, expresamente regulado, siempre que los dos tipos de contrato presenten una semejanza relevante".

⁵¹¹ Trueba Urbina, Alberto, *et al, Ley Federal...*, op cit., p. 145. En este sentido indica este autor que "en virtud de la analogía, ésta se aplica a los casos no previstos en la Ley, las disposiciones que rigen las análogas y respecto de las cuales exista la misma razón para aplicar la Ley, de acuerdo con la máxima *ubi eadem ratio, eadem dispositio*".

⁵¹² Voz "analogía", en *Diccionario Jurídico de Derecho*, vigésima sexta edición, México, 1998, p. 80. De Pina Rafael señala que la analogía "es la relación existente entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que por similitud con aquel, permite igual tratamiento jurídico, sin agravio para la justicia".

4.20.2. Trámite actual del aviso de rescisión laboral

El artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo establece las causas en virtud de las cuales el patrón puede rescindir⁵¹³ el contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte.

En las reformas procesales de 1980 se incluyó la adición de los dos últimos párrafos al artículo 47 citado, toda vez que el incumplimiento a la obligación patronal de dar el aviso del despido al trabajador, no conllevaba sanción alguna y se consideraba que era una norma incompleta.

En su parte final se encuentra la controvertida adición⁵¹⁴, respecto de la cual, se obliga a llevar el aviso de rescisión, en donde el patrón deberá dar al trabajador aviso por escrito de la fecha y causa o causas de rescisión.

En virtud de esta adición, en primer lugar, se prevé un procedimiento legal, mediante el cual la junta de conciliación, para llevar a cabo la notificación al trabajador en caso de que este se haya rehusado a recibirlo por parte del patrón.

Por tanto, el aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador, y en caso de que este se negare a recibirlo, el patrón, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionando a esta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador.

Ante tal circunstancia, la falta de dicho aviso al trabajador o a la Junta, será más que suficiente para tener el despido como injustificado y por consiguiente, si en juicio el patrón arguye alguna causa para considerar que el despido sea injustificado, éste resultará improcedente en el laudo.

⁵¹³ Concepto que se estudio en el tema 4.20.1. de este capítulo.

⁵¹⁴ Establece el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo en su último párrafo que la falta de aviso al trabajador o a la junta, por si sola bastará para considerar que el despido fue injustificado.

La finalidad de esta adición es doble, por una parte, la existencia de una constancia autentica del despido; y, por otra, que el trabajador tenga conocimiento de la causa o causas que podrá aducir el patrono para justificarlo, lo cual, además, le permitirá su contra defensa⁵¹⁵.

Ciertamente el patrón puede despedir y no entregar la constancia, pero si así ocurren los hechos, no podrá alegar en su defensa ninguna causa justificada de rescisión, lo que dará por resultado que una vez comprobado el hecho del despido, debe condenársele al patrón a cumplir con la acción que haya ejercitado el trabajador, es decir, al pago de la indemnización constitucional o a cumplir con el contrato, y en ambos casos al pago de los salarios caídos.

También es necesario que en caso de que el trabajador se niegue a recibir o firmar de recibido el aviso de rescisión, se le solicite a la junta de conciliación y Arbitraje, que por su conducto se le notifique al trabajador, en virtud de la negativa de recibirlo.

El aviso de rescisión debe hacerse por escrito, dirigirse al trabajador y señalar la fecha a partir de la cual se da por terminada la relación, las causas que dieron origen a esta, su fundamento –que deberá ser alguna o algunas de las causas específicas mencionadas en las fracciones del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo y/o algunas de las causas especiales de rescisión antes señaladas.

El aviso también deberá ir firmado por un representante del patrón o por él mismo. También es necesario que el trabajador le firme al patrón una copia de recibido del aviso de rescisión con la fecha en que llega a su poder para que en caso de juicio, pueda acreditar que dio cumplimiento a lo establecido en la parte final del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo.

⁵¹⁵ Climent Beltrán, Juan B., *Comentarios a la Ley Federal del...*, op. cit., p. 127. Señala el autor que la trascendencia de esta controvertida reforma, “consiste en que la falta de aviso por sí sola bastará para que se considere que el despido fue injustificado. La omisión del aviso no constituye una simple falta administrativa, que ocasionaría únicamente una sanción administrativa, sino que la esencia de la cuestión reside en el incumplimiento de una norma que implica violaciones a la garantía o derecho del trabajador a ser notificado de la fecha y de la causa del despido, para estar en posibilidad de impugnarlo, pues de otro modo quedaría en estado de indefensión”.

Cabe señalar que de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo el aviso de rescisión corresponde a la categoría de los procedimientos paraprocesales o voluntarios, toda vez que se introdujo dentro de estos procedimientos, en virtud a su naturaleza en que no existe controversia⁵¹⁶.

Se desprende lo antes mencionado del capítulo III del título XV de la Ley Federal del Trabajo, donde se precisa que en los casos de rescisión previstos en el párrafo final del artículo 47, el patrón podrá acudir ante la Junta de Conciliación competente a solicitar se notifique al trabajador por conducto del actuario de la misma, el aviso a que el citado precepto se refiere, para lo cual la Junta dentro de los cinco días siguientes⁵¹⁷ al recibo de la promoción, deberá proceder a la notificación debiendo el actuario levantar acta circunstanciada de la diligencia⁵¹⁸.

Esta adición al artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, obedeció a dos objetivos fundamentales y que consideró el legislador medulares, siendo el primero, el que el trabajador tenga conocimiento de la fecha y causas del despido, para estar en posibilidad de impugnarlo, de manera que la consecuencia de no hacerlo la sanción que recaerá a considerar será de considerar por ese sólo hecho que el despido sea injustificado⁵¹⁹.

Como segundo objetivo es proporcionar a los patrones un procedimiento a través de la notificación por conducto de la Junta, para estar en posibilidad de

⁵¹⁶ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 342. Precisa dicho autor que en "la jurisdicción voluntaria no existe controversia, ya que los interesados acuden ante el órgano del Estado encargado en el desempeño de la función jurisdiccional para solicitarle su intervención por derivarse del derecho objetivo la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional pero, sin que se haya planteado entre partes una cuestión contradictoria o controvertida".

⁵¹⁷ Otra hipótesis consistiría en que el patrón no comunique a la junta el aviso de despido dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, pues en este caso ese aviso no produciría efectos jurídicos por haber precluido el término, por lo cual debe estimarse que dicho término debe computarse en días y horas hábiles, ya que la ley laboral no hace excepción conforme al artículo 714 en relación con el 734 del ordenamiento legal citado, que establecen que las actuaciones de las juntas deben practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad, y en ningún término se contarán los días en que no puedan tener lugar actuaciones ante la junta.

⁵¹⁸ Artículo 991 de la Ley Federal del Trabajo.

⁵¹⁹ Climent Beltrán, Juan B., *Comentarios a la Ley Federal del...*, op. cit., p. 648. Precisa el autor que al respecto menciona la exposición de Motivos de la reforma procesal de 1980 que la adición tiene por objeto implementar el último párrafo del artículo 47 para el efecto de que no se pueda argumentar que la falta de notificación obedeció a la negativa del trabajador a recibir el aviso. Además señala que sea finalidad se cumple cuando el patrón acredita haber solicitado a la junta la notificación al trabajador, en los términos del artículo 991 de la ley laboral.

cumplir con esa disposición, y que no puedan alegar que el trabajador se negó a recibir el aviso, ni quedar al arbitrio de éste, el recibirlo⁵²⁰.

Como podemos ver, se trata prácticamente de un acto preventivo, tendiente a asegurarse la parte patronal ante una eventual demanda laboral que le llegue promover el trabajador rescindido, por lo que como veremos en el siguiente tema puede justificarse su planteamiento como medida cautelar.

4.20.3. El aviso de rescisión cautelar laboral

Ahora bien, es necesario justificar la forma en que el aviso de rescisión es viable que pueda tramitarse y se configure como una medida cautelar, ya que sus características, como veremos, se hacen posible esta aplicación.

Cabe señalar que el aviso de rescisión cautelar tiene como efecto inmediato la suspensión provisional de la relación laboral, misma que se ordenará levantar si no se acredita la causa de rescisión que se invoque por el patrón.

Por lo antes señalado, y que nos parece acertado como tratan a la tutela cautelar, cuyo fin no es otro que el asegurar ó proteger de manera provisional o preventiva, un derecho o un interés jurídico.

La medida cautelar, recordemos, trata de brindar una seguridad al peticionario sobre el derecho que ejercita, mismo que se encuentra en controversia, y que durará mientras dure el proceso, o esté por suscitarse.

El tiempo que se tarde un proceso (familiar, civil, mercantil, laboral, penal, administrativo, entre otros) puede hacer que la tutela judicial no llegue⁵²¹.

⁵²⁰ Idem. Precisa Climent que la circunstancia de que el patrón no acredite haber puesto en conocimiento del trabajador el aviso y que éste se haya negado a recibirlo, previamente a la notificación por conducto de la junta, no debe tener la consecuencia de invalidar el cumplimiento de la obligación, como se ha sostenido por la Suprema Corte de Justicia, al citar la tesis de Jurisprudencia cuyo rubro se anota: *Aviso de rescisión de la relación laboral, notificación por medio de la junta del. Sólo produce efectos cuando el trabajador se negó previamente a recibirlo*. Dicha resolución obliga al patrón a demostrar en juicio que previamente dio a conocer el aviso al trabajador y éste se negó a recibirlo, situación que consideramos innecesaria puesto que basta con que el patrón de el aviso, de preferencia a la Junta, para que lleve a cabo la notificación y no existan dudas de su entrega.

Al tenerse un derecho reconocido por la autoridad, con motivo de la sentencia, y con ello el derecho del actor para proceder a su posterior ejecución, sea ésta total o parcialmente inejecutable, por lo que dejaría de ser una tutela⁵²².

Se justifica que el aviso de rescisión tenga un tratamiento similar a las medidas cautelares, ya que como se estudió en el Capítulo primero, al analizar las características de las medidas cautelares nos damos cuenta que éstas se presentan en el aviso de rescisión.

Así el aviso de rescisión es un acto jurídico de carácter administrativo que posee la característica jurisdiccionalidad por la facultad que tiene el órgano administrativo, para conocer y resolver sobre la adopción de la medida cautelar que se solicita.

Lo anterior obedece a la situación de que la jurisdiccionalidad en materia laboral se encuentra ligada al hecho de que las juntas de conciliación son órganos del Estado, que se encuentran investidos de la facultad de imponer sus decisiones, desde el punto de vista material⁵²³.

Es importante indicar que las juntas de conciliación para los efectos de su función son el conducto, por el cual, el Estado ejerce atribuciones jurisdiccionales, en virtud a la actividad arbitral, en donde al someter los trabajadores y patrones sus diferencias se emite un laudo que pone fin al conflicto de intereses.

Al respecto señala Arellano que la jurisdicción es el “conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a

⁵²¹ Voz “Medidas Cautelares”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4223. Es importante recalcar que al igual que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, por las mismas razones la tutela judicial efectiva es inseparable del derecho a obtener una tutela provisional o cautelar de los órganos judiciales que sea capaz de preservar la integridad de la efectividad de la resolución judicial mientras se desarrolla el proceso.

⁵²² Pedraz Penalva, Ernesto, “La Tutela Cautelar en la Ley...”, op. cit. p. 173.

⁵²³ Es importante señalar que son órganos jurisdiccionales los del poder judicial, pero explicaremos la justificación de que cuenten con esta característica las juntas de conciliación.

los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”⁵²⁴.

Por tal motivo y para los fines de justificar que el aviso de rescisión cuenta con esta característica propia de las medidas cautelares, asumimos que los presidentes en uso de sus funciones serán pieza fundamental para dar inicio al procedimiento cautelar.

Aparece la dispositividad que sólo a instancia de parte, que en este caso será la parte demandada la que invocará la medida solicitada y no de oficio por la junta de conciliación.

La instrumentalidad se hace presente en el aviso de rescisión, ya que mediante este se facilitan los medios para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, y que, tratándose del aviso de rescisión, dependerá del pronunciamiento que haga la junta respecto del juicio que en lo principal promueva el trabajador, ya que de momento la relación laboral se suspende.

Respecto a la provisionalidad y temporalidad, que se presenta en el aviso de rescisión, la suspensión de la relación laboral, en virtud a la rescisión provisional, quedará sujeta a que la junta determine si se acredita o no la causal, donde se presenta la temporalidad.

Aunado a lo anterior, tenemos que los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares también se presentan en el aviso de rescisión, como es el caso del peligro en la demora, establece el interés jurídico del peticionario, antes de presentada la demanda por el actor.

⁵²⁴ Arellano García, Carlos, *Teoría General...*, op. cit., p. 340. Indica el autor que el “vocablo atribuciones es más amplio puesto que es genérico y abarca tanto derechos y obligaciones. El sujeto que ejerce atribuciones, cumple obligaciones y ejercita derechos. Alcanza, por tanto, derechos y obligaciones, pues, ya hemos dicho que, quien ejerce la función jurisdiccional no sólo tiene el derecho de hacerlo, sino también obligación de actuar. El titular nato de la función jurisdiccional es el Estado, ya que es el tenedor de la soberanía, del imperio o de la potestad. El Estado, señala Arellano, que es el todo social organizado jurídicamente en un país determinado, divide sus atribuciones entre diferentes órganos que lo representan en cada esfera de atribuciones. Por tanto hay órganos de Estado que tienen la función jurisdiccional desde un punto de vista material, aunque desde un punto de vista formal, pertenezcan al poder ejecutivo, como las juntas de conciliación y arbitraje, de lo contencioso administrativo y el fiscal de la federación, como ejemplos”.

El *periculum in mora*, en materia laboral, se concreta por virtud de la necesidad que constituye como el peligro de un daño jurídico urgente e inminente que se deriva del retraso procesal.

Por otra parte, el *fumus boni iuris*, se aprecia por la Junta de Arbitraje, desde el momento en que se solicita la medida de rescisión provisional, y que en todo caso, ésta deberá otorgarse, ya que la celeridad al proceso cautelar es su característica primordial.

De lo contrario, no tendría efectividad la medida, y sí, en cambio, la apariencia del buen derecho se reflejará en el juicio que se ventile con motivo de la rescisión provisional. Ahora, por último, la parte demandada deberá otorgar una garantía o caución, que corresponda al tiempo aproximado que dure el juicio correspondiente, lo cual será estimado por la junta del conocimiento de la causa.

Cabe señalar que en un dado caso que no se acredite la rescisión, el patrón se hará acreedor a cubrir al trabajador los salarios que dejó de percibir éste durante el tiempo que duró el juicio, además, si es elección del trabajador no regresar a laborar, el patrón se hará acreedor a la indemnización a que se refiere el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo⁵²⁵.

4.20.4. Reforma al artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo con respecto al aviso de rescisión

El actual sistema que establece la Ley Federal del Trabajo para despedir a un trabajador constituye una negación del fundamental principio de la estabilidad en el

⁵²⁵ Esta indemnización consistirá en dos supuestos el primero cuando se trate de un trabajador que realizaba un trabajo por tiempo determinado menor de un año, se le indemnizará con un importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; en cambio si se excediere de un año, un una cantidad al importe de los salarios de seis meses por el primer año y por veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiere prestados los servicios. Por otra, si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados, y además de las indemnizaciones anteriores el importe de tres meses de salario, además de los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones.

empleo, el cual adquiere especial relevancia en los tiempos de crisis en los que vivimos.

El artículo 47 de la Ley en cita establece las causas por las que puede ser despedido un trabajador, las que hace valer el patrón de manera unilateral, sin que requiera de autorización de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

La dimensión de un despido injustificado se refleja dramáticamente al imaginar a una familia de cuatro o cinco hijos, que con el salario del trabajador alcanzan, en alguna medida, a satisfacer sus necesidades, y que, de súbito, ven suspendido el sustento. La preocupación crece ante millones de hogares que viven al día, sin ahorros, y que viven con el temor de que en un momento a otro venga el despido.

La consagración legal de este sistema unilateral de despido debe desaparecer. Su existencia se remonta a las postrimerías del XIX y comienzos del XX y permite que el patrón tome una determinación tan trascendente para la vida del trabajador y de su familia, en base a la mera presunción de que existe una causa para despedirlo. Los patrones se hacen justicia por su propia mano.

Debe sustituirse este pernicioso y anacrónico comportamiento por la figura del juicio previo al despido, de manera tal que ningún trabajador pueda ser rescindido en su relación laboral sino por justa causa y como consecuencia de una resolución de la junta competente, dictada en un juicio previo, añadiendo un ingrediente que sería la suspensión de la relación laboral, hasta en tanto se resolviera el procedimiento de rescisión.

Con esto último, en caso de que el patrón no acreditara la causal que invoque, automáticamente se tendría que el despido fue injustificado, y por tanto, ser acreedor el patrón al pago de indemnización a que hace mención el artículo 48 de Ley Federal del Trabajo, o bien a elección de trabajador, ser reinstalado en el empleo.

Es por esto, que vemos la necesidad de que este procedimiento previo de rescisión provisional se efectue a la manera de las medidas cautelares, y por ende, el aviso de rescisión al tener esta peculiaridad precautoria, viable sería ya en la práctica.

4.21. Conclusiones

Como pudimos observar en desarrollo de este capítulo, se presenta la necesidad de que dentro del proceso cautelar laboral, tiene que regularse debidamente el remedio procesal tendiente a impugnar las medidas cautelares autorizadas por el presidente de la junta, así como establecer los efectos que tendría su resolución, que serían el de mantener, modificar, alzar o anular las medidas cautelares.

No existe en la Ley Federal del Trabajo, respecto a las providencias cautelares, uniformidad, es decir, que para el arraigo y el secuestro, se da un tratamiento distinto, aunque en la práctica forense se procure lo contrario. Una vez solicitada la providencia y decretada ésta, la ley laboral prevé un remedio procesal tendiente a dejarla sin efectos, además de sancionar al ejecutor de la providencia adoptada, para lo cual se sigue el trámite que señala el artículo 852 de la Ley Federal del Trabajo, es decir, se activa la revisión laboral.

El remedio procesal denominado revisión en la Ley Federal del Trabajo, para impugnar la adopción de medidas cautelares, como en su momento lo justificaremos, nos parece un mecanismo en desuso, poco práctico y con errores técnicos y que, en su momento, será necesario una reforma al respecto.

En principio la Ley Federal del Trabajo establece, en su artículo 849, que procede la revisión contra actos de los presidentes, actuarios o funcionarios legalmente habilitados, en ejecución de los laudos, convenios, de las resoluciones que ponen fin a las tercerías y de los dictados en las providencias cautelares.

Al tratarse lo relativo a los incidentes y los medios de impugnación, se estableció que no se debe confundir el género con la especie, como acontece en materia laboral, ya que el género viene siendo el medio de impugnación, a través de los recursos, y que en la materia que tratamos, se confunde el recurso con el remedio, que es la revisión.

La especie, en este sentido, es la revisión que se contempla por la ley laboral. En tal virtud, este remedio procesal es el medio a través del cual el inconforme con la medida cautelar recurre ante el órgano revisor a inconformarse, por el exceso o defecto en que se ejecutó la providencia.

La llamada revisión laboral debería suprimirse, ya que se refiere a un recurso, y que en su lugar se tuviere a un incidente especificado, a través del cual se combatiera la providencia adoptada, y no se limitara dicho incidente a examinar el acto de ejecución, sino en la oposición a su contraria a la providencia adoptada.

Además, lo que debe estar sujeto a éste remedio procesal, es que se acreditara por el peticionario la necesidad que aduce, ya sea el peligro, de que la persona contra quien se dirige la providencia se ausente u oculte y sea difícil entablar una demanda, o ya entablada no asuma su responsabilidad; o bien, que se presuma, o apariencia del buen derecho.

Es necesario modificar el artículo 852 de la ley laboral que en la tramitación de la revisión precisa que la parte afectada contra quien se adoptaron medidas cautelares deberá al promover la revisión ofrecer las pruebas que considere necesarias para demostrar la indebida actuación del funcionario de la junta que ordenó o en su caso ejecutó medidas.

Del escrito de revisión se dará vista a las otras partes por tres días, para que manifiesten lo que a su derecho convenga y ofrezcan las pruebas que juzguen pertinentes y hecho que sea, se citará a una audiencia de pruebas y alegatos, dentro

de los diez días siguientes a la presentación de la revisión, en la que se admitirán y desahogarán las pruebas procedentes y se dictará resolución.

Es necesario dar paso al incidente de oposición, que entre otros efectos será anular las medidas cautelares solicitadas que se encuentren viciadas. Por otra parte, el último párrafo del artículo 852, sin embargo, muestra una deficiencia, ya que al señalar que se modificará el acto que dio origen a la revisión, deja de lado el alzamiento, la anulación y el mantenimiento de las medidas cautelares.

Es necesaria la debida sistematización del proceso cautelar laboral, ya que como observamos existe una confusión y dispersión de normas jurídicas, lo que conlleva a unificar este proceso, pues la revisión debe replantearse en una futura reforma a la legislación laboral.

La Ley Federal del Trabajo, debe contemplar un verdadero proceso cautelar, donde es necesario que exista una oposición a la petición de providencias cautelares como remedio procesal propiamente dicho. Para ello, prever el incidente de oposición dará la pauta para entrar a la contención por parte de la persona contra quien se adoptó la medida.

El peligro por la demora y la apariencia de buen derecho son presupuestos que deben acreditarse para acordarse las medidas solicitadas, y que, en caso de violación, el incidente de oposición es un remedio para su anulación.

Cabe considerar que en este contexto, se presentan dos supuestos: la necesidad de la providencia y la oposición a ésta; las juntas se evitarían un sinnúmero de problemas, ya que al decretar la medida cautelar, ésta se sujetaría a la acreditación por el solicitante de ésta, y al opositor a nulificarlas, lo que la junta resolvería mediante resolución, alzar, mantener o anular la medida cautelar.

Respecto a la propuesta del aviso de rescisión cautelar laboral tenemos que tiene como efecto inmediato la suspensión provisional de la relación laboral, misma que se ordenará levantar si no se acredita la causa de rescisión que se invoque por el patrón. Se justifica que el aviso de rescisión tenga un tratamiento similar a las medidas cautelares, ya que como se estudió en el Capítulo primero, al analizar las características de las medidas cautelares nos damos cuenta que éstas se presentan en el aviso de rescisión.

El aviso de rescisión cuenta con las características de las medidas cautelares, asumimos que los presidentes en uso de sus funciones serán pieza fundamental para dar inicio al procedimiento cautelar. La parte demandada deberá otorgar una garantía o caución, que corresponda al tiempo aproximado que dure el juicio correspondiente, lo cual será estimado por la junta del conocimiento de la causa.

Cabe señalar que en un dado caso que no se acredite la rescisión, el patrón se hará acreedor a cubrir al trabajador los salarios que dejó de percibir éste durante el tiempo que duró el juicio, además, si es elección del trabajador no regresar a laborar, el patrón se hará acreedor a la indemnización a que se refiere el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo.

La necesidad de replantear el aviso de rescisión, dándole un nuevo enfoque desde la teoría de las medidas cautelares para lo cual, se analizó la posibilidad de un procedimiento previo, donde a manera de medida cautelar, se tramite el aviso de rescisión, siendo la Junta Laboral la que determinara si existía motivo para el despido justificado.

Como se encuentra actualmente el aviso de rescisión, crea una nula efectividad en su trámite y en su demostración, por lo que ante tales riesgos el sector patronal se ha limitado a despedir a los trabajadores sin previo aviso, dando como resultado que ante ello, se demande el despido injustificado, pero como arma patronal se ofrezca el empleo, como cuento de nunca acabar.

CAPITULO CINCO

La nulidad como sanción en el proceso cautelar laboral

SUMARIO: 5.1. Preliminares: los hechos jurídicos; 5.2. División de los actos jurídicos; 5.2.1. ; 5.3. Concepto de acto jurídico; 5.3.1. Condiciones de existencia y de validez del acto jurídico; 5.4. Terminología de la nulidad; 5.4.1. Definición; 5.4.2. Teoría tripartita de Julián Bonnecase; 5.5. Antecedentes históricos de la nulidad; 5.5.1. Causas de las ineficacias pretorias; 5.5.2. Ineficacias creadas por el derecho consuetudinario; 5.5.3. Las Nulidades en el derecho del bajo imperio; 5.5.4. Las nulidades en el antiguo derecho francés; 5.5.5. Las ineficacias en el derecho del periodo feudal; 5.5.6. El derecho canónico y el problema de las nulidades; 5.5.7. El periodo monárquico; 5.5.8. Las nulidades según los autores del siglo XVII; 5.5.9. Las nulidades según los autores del siglo XVIII; 5.5.9.1. Nulidad absoluta; 5.5.9.2. Las nulidades relativas o respectivas; 5.6. Las nulidades procesales; 5.7. Presupuestos procesales; 5.8. Concepto y naturaleza de la nulidad procesal; 5.9. Violación de las formas procesales; 5.10. Clasificación de las nulidades procesales; 5.11. Principios rectores de la nulidad en las actuaciones procesales; 5.12. La Nulidad a instancia de parte; 5.13. La declaración de nulidad; 5.14. Medios para declarar la nulidad; 5.15. Efectos de la declaración de nulidad; 5.16. Defectos en la constitución de la relación procesal; 5.17. Inexistencia, nulidad y anulabilidad; 5.18. La nulidad en el remedio cautelar laboral; 5.19. Efectos de la resolución en el incidente de oposición; 5.20. Por una nueva cultura laboral; 5.21. Conclusiones.

5.1. Preliminares: los hechos jurídicos

Antes de tratar lo relativo a la nulidad, nos avocaremos al estudio del hecho y el acto jurídico, lo cual nos facilitará el tratamiento de la nulidad procesal, sustento de este trabajo, de investigación.

La vida jurídica es una sucesión de hechos o acontecimientos que se ligan entre sí y cuya existencia depende, bien de la voluntad humana, o de circunstancias ajenas a la misma.

Los hechos que se producen en la vida del hombre caen, con frecuencia dentro del campo del derecho, donde producen consecuencias. Cuando esto ocurre la ley interviene, admitiendo que tales hechos producen efectos jurídicos.

Para Salazar, los hechos jurídicos son los “acontecimientos o circunstancias, positivas o negativas, a los que la ley atribuye consecuencias jurídicas”⁵²⁶.

⁵²⁶ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, trigésima sexta edición, Porrúa, México, 1990, p. 21. Señala este autor que se “deben agrupar los acontecimientos de la vida cotidiana en dos grandes categorías: los que son indiferentes al derecho, es decir, sin importancia jurídica, y los que interesan al Derecho, en virtud de las consecuencias que producen dentro de su propio campo. En el primer caso tenemos los llamados hechos simples es decir, los que no interesan al derecho”.

Los hechos jurídicos se dividen en dos categorías, según que en su realización intervenga o no la voluntad humana. En el primer caso, se trata de hechos jurídicos voluntarios, porque se realizan mediante la intervención de la voluntad del hombre.

En el segundo caso, se produce sin que intervenga la voluntad, sin que con ello sea obstáculo para que produzca efectos de derecho. De acuerdo a lo anterior es que los hechos jurídicos se pueden dividir en positivo y negativos⁵²⁷.

5.2. División de los actos jurídicos

Los hechos jurídicos más importantes, según Rojina, son los actos humanos, “por lo que el acto es una acción, ejecución o modo de proceder, y en él interviene la voluntad, a los cuales el derecho les reconoce sus efectos jurídicos”⁵²⁸.

Los hechos jurídicos en que interviene la voluntad se dividen en intencionados o no intencionados. En los primeros, a la voluntad de realizar el acto se une la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones de derecho; cuando esto ocurre los hechos jurídicos toman el nombre de actos jurídicos⁵²⁹.

El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por la voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico. Este es el resultado de la conducta del hombre, es decir, sólo de aquella que es intencionalmente con el fin de buscar la realización de las consecuencias jurídicas que se dan⁵³⁰.

⁵²⁷ Ibidem, p. 22

⁵²⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, vigésima cuarta edición, Porrúa, México, 1991, p. 34. Este el autor que los actos jurídicos constituyen formas de conducta reguladas por el derecho, pues éste determina sus elementos esenciales y de validez para que puedan surtir consecuencias jurídicas.

⁵²⁹ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de...*, p. 22.

⁵³⁰ Lastra Lastra, José Manuel, *et al*, *Marco Legal de los Negocios, Compilación*, segunda edición, McGraw-Hill, México, 1996, p. 58. Nos precisan estos autores que el elemento diferencial entre el hecho y el acto jurídico consiste en que, produciendo ambos consecuencias en el mundo del derecho, sólo éste es resultado de la voluntad del hombre. Por tanto, precisan, que en los actos jurídicos interviene la voluntad humana, con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas.

Galindo Garfias establece que los “actos jurídicos se clasifican en unilaterales, que implican que si la voluntad emana sólo de una parte de la relación, aunque sean varios los sujetos que emitan esa única declaración; sus declaraciones se unen en una sola dirección; serán plurilaterales, si las declaraciones de voluntad constitutivas del acto, provienen de dos o más partes”⁵³¹.

Dentro de esta misma clasificación se tiene a los actos lícitos e ilícitos, donde los primeros reúnen los elementos de existencia y requisitos de validez, señalados en el ordenamiento jurídico; ilícitos, son aquellos contrarios a las leyes de orden público, la moral o las buenas costumbres⁵³².

Asimismo, Galindo, indica que “los actos *mortis causa e intervivos*, donde los primeros son aquellos en que los efectos dependen de la muerte de su autor, e *intervivos* son los actos cuyos efectos no están sujetos a la muerte del autor del actor”⁵³³.

Se tienen también a los actos atributivos y no atributivos, en los primeros los efectos son aumentar el patrimonio de una o varias de las partes que en ellos intervienen, en cambio en los segundos, “el provecho es solamente para una de las partes”⁵³⁴.

Se cuenta con los actos de título oneroso y de a título gratuito, en donde los primeros son aquellos que producen provechos y gravámenes recíprocos, y en los segundos, el provecho es solamente para una de las partes⁵³⁵.

Por último, los actos de disposición y de obligación; los de disposición su autor transmite o se desprende de una cosa o del derecho que le pertenece; en los de

⁵³¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1973, p. 330. Se precisa por el autor que en el acto jurídico debemos distinguir dos aspectos: 1. Como forma de realización de un supuesto jurídico, y, 2. Como conducta jurídicamente regulada que constituye el objeto del derecho. Por tanto la conducta es objeto de regulación.

⁵³² Idem.

⁵³³ Idem.

⁵³⁴ Idem.

⁵³⁵ Idem.

obligación, se compromete a realizar un hecho o acto jurídico a favor de otra persona⁵³⁶.

5.3. Concepto de acto jurídico

Para tratar lo relativo a la nulidad, es necesario delimitar el campo en el cual tiene su aplicación, donde despliega sus efectos. Así, si bien es cierto que ello tiene práctica en el derecho sustantivo, también lo tiene en el adjetivo, además de que es importante establecer lo que es un acto, puesto que las nulidades operan sobre éste.

Tomaremos como base, en términos generales, que las nulidades se presentan atendiendo a la naturaleza de un acto jurídico. Para ello, debemos entender al acto en la terminología jurídica desde dos sentidos diferentes: como *negotium* y otras como un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino *instrumentum*⁵³⁷.

El acto jurídico es la manifestación de voluntades hechas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho. En este contexto, un acto es un hecho jurídico, en consecuencia, un hecho jurídico será un acto jurídico, si la manifestación de la voluntad se ha realizado con la intención de quien se obliga⁵³⁸.

Por su parte, Angel Caso señala que “los actos jurídicos son los fenómenos o circunstancias a los cuales atribuye la ley efectos jurídicos, que se realizan por la intervención de la voluntad humana y con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas”⁵³⁹.

⁵³⁶ Idem.

⁵³⁷ Planiol Marcel, Ripert Georges, *Derecho Civil*, Volumen 8, Oxford, México, 2001, p. 39. Estos tratadistas indican que se da el nombre de actos jurídicos a los actos realizados únicamente con objeto de producir uno o varios efectos de derecho; se les llama jurídicos, en razón de la naturaleza de sus efectos.

⁵³⁸ Bonnacase, Julian, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen 1, Oxford, México, 2001, p. 764. Al respecto señala el autor que el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.

⁵³⁹ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho...*, op. cit., p. 22.

Para Boqueiro, el acto jurídico es “una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un defecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”⁵⁴⁰.

5.3.1. Condiciones de existencia y de validez del acto jurídico

La inexistencia deriva de un acto inexistente, y éste, a su vez, se define como aquél que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia.

Borja Soriano establece que el “acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia”⁵⁴¹.

Como requisitos de existencia o esenciales del acto jurídico tenemos, en primer lugar, la manifestación de la voluntad, misma que puede provenir de las partes, del tribunal o de terceros ligados al proceso, ya que el acto jurídico tendrá vida propia siempre y cuando exista la voluntad de quien lo realiza, ya que si no hay el ánimo de realizar el acto, éste no puede existir.

Otro requisito es el objeto, mismo que consiste en crear, modificar o extinguir efectos o consecuencias procesales o de derecho. En este último caso, la materia del acto puede consistir no sólo en una cosa, sino en ocasiones, también en un hecho, como el contrato de trabajo en el cual el servicio prestado, que es un hecho, constituye la materia del acto.

⁵⁴⁰ Baqueiro Rojas, Edgard, *Derecho Civil*, Volumen I, Harla, México, 1998, p. 4. Nos precisa el autor que el acto jurídico es pues, una forma de hecho jurídico puesto que realizada la hipótesis normativa (declaración de voluntad) se realizarán los efectos: creación de un Estado o de una relación jurídica que establecen derechos subjetivos y obligaciones.

⁵⁴¹ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, octava edición, Porrúa, México, 1996, p. 95. Establece Borja que “la falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada”.

Como último requisito, se tiene el reconocimiento de la norma, o bien, la solemnidad que consiste en que para que los actos jurídicos existan además de la voluntad y el objeto. Es necesario que se celebren ante las personas que señala la ley, para que éstas pronuncien ciertas palabras o fórmulas en la celebración del acto⁵⁴².

El acto jurídico es un acto de *voluntas*, esto es, de voluntad. Para que la manifestación de voluntad sea válida, debe surgir del consentimiento de la parte que se obliga, y el consentimiento debe manifestarse, respetando dos clases de condiciones, una que no debe ser dado por error, sorprendido por dolo, o arrancado por violencia; y debe, por otra parte, ser dado por una personas perfectamente capaz.

Asimismo, no debe estar vinculada a la realización de un fin ilícito. Aquí donde interviene la noción de causa para establecer el nexo entre la manifestación de voluntad y la naturaleza íntima de la relación jurídica, y por esto, al hablar del objeto de la obligación, no puede faltar la causa para cumplir su función.

Ahora bien, al señalar cuáles son los requisitos necesarios para que el acto se considere válido⁵⁴³, se requiere, para que éste sea perfecto. Para que esto ocurra, es preciso que cumpla con el requisito de la licitud lo que implica que no transgreda cuestiones de orden jurídico.

Como segundo requisito esta la forma, misma que implica que el acto conste en determinadas características⁵⁴⁴. El tercer requisito se refiere a la capacidad, que

⁵⁴² Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho...*, op. cit., p. 65. Indica el autor que como "elemento de existencia el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto, si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparados por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los justiciables".

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 130. Señala el autor que son requisitos de validez o eficacia, la licitud del acto jurídico; la formalidad; que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, dolo, violencia o lesión), y la capacidad.

⁵⁴⁴ Lastra Lastra, José Manuel, *et al, Marco Legal...*, op. cit., p. 63. Nos precisa el autor que para que la voluntad sea exteriorizada, se requiere que sea de acuerdo con las formas legales, tal es el caso de los actos civiles como el matrimonio. En este caso es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito. El acto se considera afectado de nulidad relativa si no se observa la forma escrita. Dentro

es la actitud que en derecho tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Por último, la ausencia de vicios de la voluntad, esto es, que el acto que se realiza se otorgue con pleno conocimiento de lo que se va hacer, y de las consecuencias que éste acarrea. Esto es, de acuerdo a Planiol, “que no exista error, violencia, lesión y dolo en un acto jurídico”⁵⁴⁵.

Por tal motivo, la validez es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo, y que todo acto nulo es un acto existente; por tal motivo vale la pena indicar la clasificación que hace Rojina Villegas con relación a los actos existentes en nuestro derecho.

Para ello distingue dos tipos de existencia, la primera llamada perfecta, denominada validez, y la segunda llamada imperfecta, denominada nulidad, por lo que indica Rojina, “donde se presenta una existencia imperfecta, donde hay diferentes formas de ineficacia del acto”⁵⁴⁶.

Indica además Rojina, que puede existir el acto jurídico pero padecer de alguno de los vicios (acto ilícito, no observar la forma legal, otorgarse por persona incapaz, o bien, existir dolo o violencia), por lo que el acto tiene una existencia imperfecta llamada nulidad⁵⁴⁷.

La inexistencia es la nada jurídica, por tanto, todo sujeto a quien se oponga un acto inexistente tiene un interés jurídico para invocar la inexistencia y pedir que no

de la expresión escrita caben dos formas: el documento público, que se otorga ante un funcionario que tiene fe pública, y el documento privado, que se otorga entre particulares.

⁵⁴⁵ Planiol Marcel, Ripert Georges, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 41. Refiere el autor que cuando el consentimiento se ha otorgado realmente, existe la voluntad, pero ésta puede encontrarse viciada. Para ser plenamente eficaz la voluntad debe ser libre y consciente.

⁵⁴⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho...*, op. cit., p. 76. Señala el autor que los actos jurídicos existentes pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan actos válidos. La validez, por consiguiente, se define como la existencia perfecta del acto, por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo.

⁵⁴⁷ Idem. La define Rojina, como la existencia imperfecta de los actos jurídicos por padecer éstos de algún vicio en su formación. Solo son nulos los actos que existen pero que padecen de un vicio. De manera que jamás un acto puede ser al propio tiempo nulo e inexistente, porque no se puede ser existente e inexistente a la vez. Recuerdese que los elementos esenciales o de existencia del acto jurídico son la manifestación de la voluntad; un objeto física y jurídicamente posible (crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones) y el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el actor del acto.

surta efectos ese acto. Además la inexistencia no puede surtir efectos por la prescripción, es decir, el tiempo no puede convalidar el acto jurídico inexistente⁵⁴⁸.

Además el acto jurídico inexistente es inconformable, esto es, que no puede ser convalidado por ratificación expresa o tácita⁵⁴⁹. No puede ser ratificado, porque no se trata de un vicio, además porque no puede ratificarse la nada y porque tampoco podrá lograrse el efecto retroactivo, supuesto que si el acto es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que aquel acto inexistente produjo efectos cuando era inexistente.

5.4. Terminología de la nulidad

Según Escriche, la voz nulidad designa al mismo tiempo el estado de un acto que se considera como un sucedido y el vicio que impide a ese acto producir sus efectos⁵⁵⁰.

Acertadamente, Couture indica que en el derecho procesal, el vocablo “nulidad” se utiliza en forma indistinta para designar el error, como acto nulo, así como los efectos del error, es decir, como sentencia nula como equivalente de sentencia privada de eficacia, también como el medio de impugnación, recurso o incidente de nulidad. Finalmente, como el resultado de la impugnación, dando por resultado una sentencia nula en paralelo a anulación de sentencia.⁵⁵¹

5.4.1. Definición de nulidad

Para Borja Soriano, la nulidad, a diferencia del acto inexistente, “reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley”⁵⁵².

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 123. Indica Rojina, que no se puede convalidar el acto jurídico inexistente, porque si el acto no es, desde el punto de vista jurídico, capaz de producir efectos, si no existe tal acto jurídico, si es la nada, entonces el tiempo no puede convertir la nada en acto jurídico.

⁵⁴⁹ Idem. Hace alusión el autor de que la ratificación, en sentido jurídico, significa que cuando un acto está viciado, las partes pueden confirmarlo, renunciando a la acción, para que produzca efectos desde que se celebró y no desde que se ratificó.

⁵⁵⁰ Merino Alberto, Luis, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Astrea, Madrid, 2001, p. 16.

⁵⁵¹ Idem.

⁵⁵² Borja Soriano, Manuel, *Teoría General...*, op. cit. p. 95.

El prestigio del precepto *nullum est quod nullum effectum producit*, señala Couture, no ha decaído; pero es fácil advertir que definir la “nulidad como aquello que no produce ningún efecto, significa anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza”⁵⁵³.

Para el tratadista Hugo Alsina, la nulidad es la “sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”⁵⁵⁴.

Es de advertirse que esta definición no esta completa, porque la función específica de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a éstas por el legislador.

El concepto de acto nulo difiere del de acto inexistente en que mientras éste no requiere de un pronunciamiento jurídico para evitar sus efectos, en aquél es necesario que se declare la nulidad para evitar que los produzcan y para hacer desaparecer los producidos⁵⁵⁵.

5.4.2. Teoría tripartita de Julián Bonnecase

Para comprender el concepto de nulidad, es necesario tomar en consideración la teoría que el tratadista francés Julián Bonnecase perfeccionó para los actos jurídicos. Así, tenemos que son numerosas teorías las que tratan los actos jurídicos, pero destacan la bipartita de Domat y Pothier, así como la denominada tripartita de Bonnecase⁵⁵⁶.

La teoría bipartita divide en dos a los actos viciados y habla de nulidad absoluta y nulidad relativa. La primera hace que el acto afectado por ella no posea efectos jurídicos; pudiendo ser invocada por cualquier interesado.

⁵⁵³ Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 373. Dicha máxima romana implica “lo que es nulo no produce efecto alguno”.

⁵⁵⁴ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 627.

⁵⁵⁵ Alvarez Julia, Luis, *et al*, *Manual de Derecho procesal*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 137.

⁵⁵⁶ Voz “Nulidades de los actos jurídicos”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998, p. 2232. Es importante señalar que doctrinarios como Japiot y Piedelievre compartieron esta teoría.

La nulidad relativa permite que el acto afectado produzca efectos jurídicos en tanto no ha sido decretada, pero dichos efectos pueden destruirse por la aplicación retroactiva de la sentencia en que se decreta la nulidad. Cabe señalar que sólo pueden hacerse valer por la persona en cuyo favor se haya establecido, pudiendo el acto convalidarse.

Sin embargo, para la legislación francesa esta teoría resultó incompleta, surgiendo la figura de la inexistencia, con que se origina la teoría tripartita.

Esta postura doctrinal entiende por nulidad absoluta aquella que se origina con el nacimiento del acto jurídico cuando va contra el mandato o prohibición de la Ley. En este tipo de nulidades, los actos no producen efectos y no es necesario ejercitar ninguna acción para hacerla valer. En caso de controversia, el juez se concretará a comprobar dicha nulidad.

Por nulidad relativa, señala Bonnacase que es la protección que la ley establece a favor de personas determinadas. Afecta solamente a aquellos actos que contienen los elementos de validez exigidos por las normas de orden público, pero que adolecen de algún vicio que implica un perjuicio para determinada persona, misma a la que la ley le concede acción para ataca dichos actos y reparar el perjuicio.

Estos actos viciados producen efectos jurídicos en tanto no se haya decretado su anulación, lo que haciéndose implicará invalidar retroactivamente dichos actos⁵⁵⁷.

Japiot, resalta, en ambas teorías, su rigidez, y elabora una crítica a la teoría clásica en virtud de que establece una oposición entre las nulidades y la existencia que no es real.

⁵⁵⁷ Voz, "Nulidades de los actos jurídicos", en *Diccionario Jurídico...*, op. cit., p. 2233. Es importante resaltar que la anulación es una sanción impuesta como protección para determinadas personas, como ya quedó establecido, sólo estas podrán ejercitar las acciones correspondientes para declarar nulo el acto viciado que los afecta, y, en esa medida, dichos actos podrán convalidarse.

Resuelve en conjunto cosas que deberían de ser tratadas en forma menos general, sobre todo en lo referente a la intervención del juzgador, a las personas que pueden hacer valer las nulidades y a las posibilidades de convalidar los actos viciados.

Encierra en un grupo los problemas de nulidad e inexistencia; sustenta su teoría en cuatro puntos de análisis de todo acto viciado antes de decretar su nulidad, que son: el fin que persigue la sanción; el medio en donde actuará, acatando siempre el principio del equilibrio de los intereses en presencia; los grados de nulidad dados por la eficacia o ineficacia y la validez o invalidez del acto; y, derecho de crítica del juzgador para valorar, estimar y determinar cada caso.

Piedelievre, por su parte, señala que lo que es nulo no produce efectos, no tiene validez. El acto afectado no produce sus efectos principales, pero sí los secundarios.

Además, distingue, aquellos casos en que un acto produce sus efectos durante cierto tiempo después de decretarse la nulidad, y aquellos en que el acto nulificado sigue produciendo sus efectos.

Indica que no es posible señalar pautas rígidas para determinar cuándo un acto jurídico anulable debe producir o no efectos jurídicos, además la evaluación de la buena fe de las partes, de la protección de terceros y sus intereses y la seguridad jurídica.

Bonnecase acepta y perfecciona la teoría tripartita, explicando que los “actos nulos son aquellos realizados de un modo imperfecto en alguno de sus elementos inorgánicos aunque estén completos. Este acto viciado produce todos sus efectos, como si fuera regular mientras no han sido suspendidos o destruidos por una sentencia judicial aplicable en forma retroactiva”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Voz, “Nulidad de los actos jurídicos”, en *Diccionarios Jurídicos...*, op. cit., p. 2334.

Dicho autor hace la distinción entre nulidad absoluta y relativa, señalando que el acto afectado por la primera viola una regla de orden público pudiendo ser invocada por cualquier interesado, y no pudiendo ser convalidada.

La nulidad relativa viola una regla de orden privado, pudiendo ser invocada por personas determinadas y el acto puede convalidarse.

Asimismo, Bonnecase explica que la inexistencia del acto jurídico presupone la falta de los elementos esenciales u orgánicos para que un acto esté dotado de vida jurídica; dichos elementos son subjetivos o psicológicos (voluntarios) y objetivos o materiales (objeto y solemnidad).

Resumiendo lo anterior, las características de esta figura son que el acto afectado no produce efecto alguno, es decir, sus efectos no pueden convalidarse, se puede hacer valer por cualquier interesado, y no necesita declaración judicial.

Dice Bonnecase que la diferencia esencial se da entre inexistencia y nulidad; siendo ésta es la clasificación que debe hacerse en cuanto a la nulidad. Es cierto que hay características distintivas entre la nulidad relativa y en la absoluta⁵⁵⁹.

Cuando se presentan todas las características de la nulidad relativa no hay problema, pero cuando se presenta la nulidad absoluta, es de tal manera rígida en cuanto a su naturaleza, que si no se cumplen todas las características podríamos decir que el legislador no ha considerado que la ilicitud sea de tal importancia que lesione intereses generales, y por ser una lesión de intereses particulares, estamos frente a una nulidad relativa⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho...*, p. 125. Indica este autor que como es señalado por Bonnecase, que "la diferencia esencial entre inexistencia y nulidad es partiendo de la clasificación que debe hacerse en cuanto a que en la nulidad, es cierto que hay características distintivas entre la relativa y la absoluta, pero que no son las que la escuela clásica a fijado, en una forma de oposición, de tal manera que la nulidad relativa debe tener especificaciones contrarias a la absoluta, es decir, ser prescriptible solo puede invocarse por el directamente perjudicado y desaparecer la confirmación del acto, pues existen casos de nulidad en donde no se presentan ninguna de estas tres características, sino solo una o dos de éstas, por lo que el acto es susceptible de impugnarse por todo interesado y la acción es imprescriptible pero si puede ratificarse, entonces opina Bonnecase que debe clasificarse a esta nulidad como relativa".

⁵⁶⁰ Idem.

Esta modificación que hace Bonnacase a la tesis clásica está bien fundada, para oponer la inexistencia a la nulidad. La inexistencia opera por falta de voluntad, objeto y solemnidad.

5.5. Antecedentes históricos de la nulidad

Comenzaremos estos breves antecedentes históricos referentes a la figura procesal de la nulidad, comenzando por el derecho romano, el cual influyó en una gran parte de derecho francés, mismo que nos fue heredado por el derecho español, y por ende, nuestra legislación tiene influencia del derecho romano, así pues, comenzaremos con nuestra exposición haciendo referencia al derecho romano.

El derecho romano, a efectos de su estructuración, se inspiró siempre en la organización política, la cual fue, en cierta forma; uno de los medios más poderosos para hacer sentir hasta los confines del territorio, la soberanía de Roma. Basta recordar que el *jus civile*⁵⁶¹ era aplicable solamente a los ciudadanos romanos; era, la muralla de la sociedad dominante, mejor dicho, la armadura de protección de la antigua aristocracia⁵⁶².

Petit señala que el derecho romano se divide en dos partes: el derecho público y el derecho privado, *jus publicum et jus privatum*. El primero comprende el gobierno del Estado, la organización de las magistraturas; y aquella parte referente al culto y sacerdocio llamada *jus sacrum*; finalmente regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El *jus privatum* tiene por objeto las relaciones entre particulares, mismo que comprende el derecho natural,⁵⁶³ el derecho de gentes⁵⁶⁴ y el derecho civil⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 22. Menciona el tratadista que por "oposición al *jus gentium* o al *jus naturale*, comprende las reglas de derecho de gentes y forma la singularidad de cada legislación. Más especialmente, los jurisconsultos entienden por *jus civile* las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de los cuales no participan los extranjeros: *jus proprium civium romanorum*".

⁵⁶² Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, novena edición, Porrúa, México, 2000, p. 59.

⁵⁶³ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 21. Nos recuerda el autor que "la noción del *jus naturale* es formulada por primera vez por Cicerón, quien la toma de la filosofía de los estoicos. Más tarde es desenvuelta por los jurisconsultos del imperio. Para ellos, es un conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo. Según otra concepción particular de Ulpiano, el derecho natural consiste en las leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animales obedecen al instinto y no al derecho. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque él sólo está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de los justos".

Con las numerosas conquistas, por una parte, y el crecimiento de la población por otra, el ritmo de la vida comercial no podía dejar de producir efectos sobre la actitud política, de ahí la importancia del *jus civile*⁵⁶⁶.

Las relaciones de Roma con los pueblos vecinos, que llegaron a ser más frecuentes después de la conquista de Italia, hicieron precisa la creación de un nuevo *praetor* para las disputas o asuntos entre extranjeros, o entre ciudadanos y extranjeros. En cumplimiento de su función, influyó de una manera directa y eficaz en las transformaciones del *jus civile*.

En este contexto hay que distinguir al *praetor peregrinus* y la del *praetor urbanus*. El primero tenía la función de resolver conflictos o asuntos entre extranjeros, *jus dicere inter peregrinos*; el segundo, los conflictos entre ciudadanos y extranjeros, *inter cives peregrinos*; quienes se encontraban en contacto directo con las realidades de la vida práctica, colocado para conocer los defectos del derecho romano, inspirándose siempre en la equidad.

Estas medidas aunque referidas a situaciones especiales y locales, por su prolongada repetición, revistieron el carácter de normas jurídicas y se colocaron al lado del *jus civile proprium romanorum*, con el nombre de *jus gentium*⁵⁶⁷.

Pretores, jueces y jurisconsultos fueron los principales actores que contribuyeron a la elaboración del nuevo derecho, más acorde con los principios del orden natural, más sencillo, más equitativo, más coherente, más cerca de la realidad social y por lo mismo, más susceptible de adaptarse al ritmo del progreso.

⁵⁶⁴ Idem. Refiere Petit que los romanos desde un principio, "consideraron como contrario el *jus gentium* del *jus civile*. En un sentido restringido, el derecho de gentes comprende las instituciones del derecho romano, de las que pueden participar los extranjeros lo mismo que los ciudadanos. Pero en la acepción extensa, y la más usada, es el conjunto de reglas aplicadas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad. La expresión *jus gentium* todavía ha sido empleada alguna vez para designar toda una parte especial del derecho público: la que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados, por ejemplo, las declaraciones de guerra, los tratados de paz o de alianza".

⁵⁶⁵ El derecho civil o *jus civile* lo hemos tratado con antelación en este mismo tema.

⁵⁶⁶ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 23. Refiere el autor que "a medida que la civilización de un pueblo se desarrolla y que sus relaciones se extienden a las naciones vecinas, el derecho civil se ensancha y se funde poco a poco con el derecho de gentes. De este modo, en Roma las instituciones que estaban desde luego reservadas a los ciudadanos, fueron aplicadas a los extranjeros y pasaron del *jus civile* al *jus gentium*".

⁵⁶⁷ Idem. Concepto que explicamos en el pie de página número 573.

No obstante la atención dedicada por el derecho romano a la mayoría de sus instituciones, por una curiosa paradoja descuidó el análisis de la teoría del acto jurídico; omitió presentarla en un cuerpo distinto, prefiriendo al estudio de conjunto, fijar o dar algunos elementos en ocasión del estudio de cada acto separadamente.

Desde que la voluntad llegó a invertir reduciendo, cada vez más, el esplendor de la autoridad del formalismo, tomó el rango de las condiciones de fondo de los contratos de buena fe al amparo del *jus gentium*.

La protección de los incapacitados y la libre expresión de la voluntad de quien se obliga, abriendo la puerta a las condiciones, relativas a la validez del acto jurídico: la causa y la capacidad de las partes contratantes que el derecho estricto toma del *jus gentium*; y la ausencia de dolo y de violencia, que serán respetados al amparo del *jus praetorium*.

El acto solemne, dice Petit, aún regularmente otorgado desde el punto de vista del *jus civile*, se declaró nulo si falta el acuerdo de voluntades de las partes. El acto nulo por su forma, pero que tenga el *consensus* válidamente expresado, no será totalmente ineficaz, porque dentro de los límites de lo posible, a propósito del consentimiento, el derecho clásico hizo aparecer las nulidades fundadas en el error⁵⁶⁸.

Tomando su fuerza, al principio, en el *jus gentium*, el error se impuso rápidamente entre las fuentes más importantes de las ineficacias, tanto en el campo de los contratos de buena fe, como en el de los de derecho estricto.

En consecuencia, siempre que el error afecte el *negotium*, por faltar el consentimiento de las partes, no se hará esperar la desaparición del vínculo jurídico.

⁵⁶⁸ Ibidem, p. 63.

El capítulo de las imposibilidades jurídicas comprenden, en especial, las *res religiosas*⁵⁶⁹ o la *res sacra* y las cosas afectadas a la utilidad pública, a las que deben agregarse la prohibición de vender a los hombres libres y la prohibición impuesta a los funcionarios de comprar las cosas que se encuentran en la provincia donde ejercen su función, la sanción será, en todo caso, la nulidad absoluta.

La vida económica encontró el camino de los grandes negocios, cuando los intereses especulativos trataron de disminuir los móviles contrarios a la moral, las realidades del comercio dejaron ver sus imperfecciones.

Hemos visto que el derecho civil, a excepción del error, había ignorado los vicios del consentimiento. Esta fue la ocasión del *pretor* para poner en marcha toda la teoría de la voluntad⁵⁷⁰.

Cabe señalar que la prestación de la voluntad o consentimiento de la partes podía también hacerse con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, en cuyo caso se llamaba ratificación, la cual, por regla general producía los mismos efectos⁵⁷¹.

5.5.1. Causas de las ineficacias pretorias

Al ocuparse los juristas romanos del Derecho como atribución o facultad, suscitan necesariamente el problema relativo al nacimiento y existencia de los derechos. Ello, como consecuencia origina hechos jurídicos, donde el Derecho en

⁵⁶⁹ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 166. Precisa el autor que "los romanos llamaban *res religiosas* a los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas. Estas cosas difieren de la *res sacrae* en que están dedicadas a los dioses manes, es decir, a los muertos que los antiguos divinizaban".

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 186. Señala Petit, que "esta teoría consiste en que en todo negocio jurídico requiere que la voluntad exista, que es indispensable en él una declaración de voluntad, y, más aún, una voluntad efectiva de realizar el acto por parte del agente dotado de capacidad de hecho o de obra. Este deseo consiente de realizar totalmente el negocio y producir sus efectos, aludidos en las fuentes con los términos *animus*, *voluntas*, *consensus* o *affectus*, lleva a la necesidad de distinguir si en el acto jurídico hay ausencia total de voluntad o un simple vicio de voluntad expresada, por que puede suceder en algún caso, como el loco que expresa una voluntad, que el acto exista pero que la voluntad declarada no sea voluntad, haya falta absoluta de voluntad, mientras en otros casos, como los del dolo, error o violencia, la voluntad exista, pero no haya sido clara y libre; y todo porque es evidentemente necesario que la voluntad sea real y efectiva".

⁵⁷¹ Ibidem, p. 187. Señala Petit que "siempre era de necesidad absoluta que el consentimiento o voluntad fuese formal y libre. No quiere esto significar que la voluntad tuviese que ser más o menos espontánea; ello era indiferente. Más sí que dicha voluntad no estuviera afectada de vicios que hicieran que hicieran suponer que tal voluntad era inexistente, que el acto no se había querido, por cuya causa hacia nulo el negocio todo consentimiento viciado por la fuerza o el miedo, por el engaño o dolo y por la simulación".

sentido subjetivo exista es preciso que haya una regla donde tenga su base y fundamento (derecho objetivo) y también un sujeto en quien aquella regla atribuye la facultad de que se trate (activo) y otro en quien radica la obligación (pasivo).

Cabe indicar que los romanos ante esto, no dieron menos importancia a la concurrencia de un hecho jurídico, que tiene consecuencias relacionadas con el Derecho. Para los romanos, la materia fundamental de estudio fueron los hechos y casos concretos de la vida jurídica.

Durante el segundo período romano se desarrollo una actividad legislativa importante gracias al derecho no escrito, formado por el uso y la tradición, llevada a cabo por los por la interpretación de los jurisconsultos y al edicto de los magistrados⁵⁷².

En el Derecho pretorio, señala Briceño, las bases primordiales de su actividad fueron el dolo y la violencia; éstos son los datos fundamentales de su razonamiento, las directrices que marcaron el plan de su obra, y cuyas consecuencias implicaban que el acto fuera nulo por falta de libertad en la voluntad⁵⁷³.

En general la violencia es una coacción ejercida sobre un individuo para realizar un negocio jurídico. Pero tal coacción puede afectar dos formas: una física, fuerza absoluta, material. Que ejercida sobre una persona priva a ésta por completo de la libertad y reduce a la víctima a un estado pasivo (*vis absoluta* o *atrox*), y la otra moral, amenazas dirigidas a una persona, haciendo nacer en esta la creencia de que ha de sobrevenirle un mal grave (*vis impulsiva*).

⁵⁷² Ibidem, p. 45. Refiere Petit, que "a la acción de los jurisconsultos hay que añadir la de los pretores, que extensamente contribuyeron al progreso del derecho. Los magistrados, cónsules, censores, tribunos, tenían la costumbre de publicar declaraciones o disposiciones que tenían conexión con el ejercicio de sus funciones, llamadas *edicta*. Entre estos edictos los que se toman en cuenta son los de los magistrados encargados de la jurisdicción civil. En Roma es de gran importancia el edicto del *pretor*, quien publicaba su edicto al principio de su magistratura; es decir, las calendas de enero. El edicto permanecía obligatorio durante todo el año, sin poder ser modificado".

⁵⁷³ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 885.

En cuanto al dolo, señala Petit que es otro vicio o defecto de la voluntad, que esencialmente consiste en el engaño, puesto que origina voluntariamente un error mediante artificios o maquinaciones dirigidas a inducir una declaración de voluntad constitutiva de un acto de derecho⁵⁷⁴.

El procedimiento pretorio dio prueba, no sólo de cierta sutileza, sino también de cierta jerarquización en la forma en que debían emplearse sus medios. Se empezó por la *exceptio*, procedimiento sencillo y rápido, concedido al deudor a fin de rechazar el cumplimiento exigido por el acreedor, en caso de que la obligación estuviera viciada; pasó después a la *actio*, donde era permitido al deudor repetir lo que injustamente había pagado⁵⁷⁵.

Dentro de estas acciones para el procedimiento de la anulación tenemos la *restitutio in integrum*, donde el demandante o demandado que se creyere lesionado por una sentencia podía obtener del magistrado la *restitutio in integrum*. Este recurso extraordinario estaba abierto contra las decisiones judiciales.

Cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de un principio de Derecho civil, y este resultaba contrario a la equidad, podía dirigirse al *pretor*, solicitándole la *restitutio in integrum*. Se llamaba así la decisión en virtud de la cual, el *pretor*, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruía los efectos poniendo las cosas en el estado en que se encontraban antes.

⁵⁷⁴ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 189. Señala el autor que el "Derecho romano distinguía el dolo malo del dolo bueno. Labeón definía el dolo malo como toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o coger a otro, distinguiéndole del dolo bueno, al que consideraba como los artificios, especialmente la astucia; y más concretamente, si se maquinase contra el enemigo o el ladrón, más o menos hábiles, de que uno se puede servir para llegar a un resultado lícito. El dolo malo, que es el que nos interesa, consistía en cualquier alteración de la verdad hecha de intento para que otro ejecutase una acción que le era perjudicial, y que de otro modo no hubiere ejecutado".

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 645. Señala Petit que "hasta final de la República, la sentencia tenía fuerza de cosa juzgada, en seguida de ser pronunciada, y las partes no podían atacarla para obtener una nueva decisión de alguna otra jurisdicción. La sentencia emanaba de un juez a quien libremente han elegido y tienen las partes obligación de someterse. Únicamente en caso excepcionales se podía obtener contra la sentencia la *revocatio in duplum* o la *integrum restitutio*. La *revocatio in duplum*, implica que la sentencia dada violando la ley es nula. El demandado condenado ilegalmente no tenía más que esperar la ejecución del juicio para prevalerse de la nulidad, aunque podía también tomar la iniciativa y pedir que fuese comprobada la nulidad de la sentencia. Una reclamación mal fundada arrastraba contra él una condena doble".

Este trámite se desarrollaba bajo el procedimiento formulario⁵⁷⁶, siendo una emancipación del *imperium*, sólo podía ser pronunciada por los magistrados por los magistrados superiores que estaban de él investidos (*pretore*s).

La concesión de la *restitutio in integrum* tenía algunas consecuencias que variaban según la naturaleza del acto anulado. Si era una adición de herencia, el heredero quedaba extraño a la sucesión; cuando era una traslación de propiedad, el enajenante era considerado como no habiendo cesado de ser propietario, y si se trataba de una obligación contraída el deudor quedaba libre.

Este procedimiento que tenía por objeto anular un acto no podía ser más que por vía excepcional. El magistrado no permitía recurrir a él, nada más que en condiciones determinadas, por lo que era necesario que el acto atacado hubiese causado o fuese susceptible de causar una lesión de cierta gravedad, y que el demandante no tuviera a su disposición, para evitar el perjuicio, o hacerse indemnizar, ningún medio de defensa.

5.5.2. Ineficacias creadas por el derecho consuetudinario

Cabe recordar que el Derecho romano tiene su sustento en usos y tradiciones, lo que se recopila en la costumbre jurídica, la cual existe cuando la comunidad realiza constantemente una serie de actos de modo uniforme y que adquieren carácter obligatorio en el grupo social que los practica. Ventura Silva, establece que “de modo que dos son sus elementos: un objetivo, la *inveterata consuetudo* (uso prolongado y constante), y otro subjetivo, *opinio iuris seu necessitatis* (convicción de que esa práctica es obligatoria)”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 692. Indica Petit, que “el procedimiento formulario, llamado así porque el magistrado redacta y entrega a las partes una fórmula, es decir, una especie de instrucción escrita que indica al juez la cuestión a resolver, dándole el poder de juzgar”.

⁵⁷⁷ Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano, décima octava edición, Porrúa, México, 2002, p. 29.

Ulpiano definió a la costumbre bajo el principio *mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus* “*las costumbres son el tácito acuerdo del pueblo arraigado por el largo uso*”⁵⁷⁸.

La *querella inofficiosi testamenti*⁵⁷⁹ se encuentra al lado del *jus civile* y del *jus pretorium*, pues el derecho romano reconocía una fuente más (el derecho consuetudinario), nacida de la asimilación espontánea entre la práctica jurisprudencial y las corrientes configuradas por la opinión pública. La *querella* constituye un ejemplo. Los herederos estaban protegidos no sólo por el derecho civil, sino igualmente por el pretorio.

Es sabido que en Roma, la familia constituía la fortaleza de un régimen extremadamente autoritario. El respeto de la potestad paternal se halló en plena decadencia, en tanto que se voluntad y sus sentimientos se dejaron fácilmente captar por aquellos que saben explotar las debilidades del ser humano.

Se trataba pues, de hallar la sanción necesaria para asegurar su respeto. Este honor correspondió al llamado Tribunal de los Centunviro que se encargó de ampliar su competencia a las cuestiones de petición de herencia, con el delicado problema de las desheredaciones injustificadas.

Para evitar sus resultados, o sea la nulidad de la institución a través de la ruptura del testamento, el testador estaba obligado a justificar, por una parte, todas las desheredaciones, y por otra, a dejar cierta porción a sus herederos legítimos (*la quarta legitima*). La sanción era que el heredero desheredado sin justa razón pudiera

⁵⁷⁸ Idem.

⁵⁷⁹ Petit, Eugene, *Derecho Romano*,..., op. cit., p. 537. Indica Petit que en virtud de la ley de las XII tablas, el jefe de familia es libre de disponer de sus bienes en su testamento, de la manera que le plazca. La teoría de la desheredación sólo se le impone más tarde para los descendientes que tenga bajo su potestad directa, quedando también dueño, si quiere, de desheredarlos sin motivo. Pero hacia el fin de la República, habiéndose suavizado las costumbres, vino a prevalecer una nueva idea, y era que el testador tenía deberes que cumplir cerca de sus parientes más próximos (ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas). Debe dejarles una parte de su fortuna, por un deber de afección, *officium pietatis*, y habiéndole desconocido, pueden atacar su testamento como *in officiosum*, hacerle anular, y la sucesión se abre *ab intestato*. Esta acción recibe el nombre de *querella inofficiosi testamenti*. El pretexto para la anulación del testamento es que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo, por tanto es nulo el acto.

intentar una acción de petición de herencia, por lo que, impugnando la validez del testamento, demandaba la apertura de la sucesión *ab intestato*⁵⁸⁰.

Para comprender mejor la esencia de la nulidad romana, debe dirigirse una mirada rápida sobre la sanción que afectaba al acto ilícito, al acto realizado contra la ley, o para emplear la fórmula consagrada en esa época, al acto hecho en fraude a la ley.

En materia de leyes perfectas, tanto para los actos ilícitos como para los actos realizados en fraude a la ley, la sanción y el tono usados son siempre los mismos, seguirá siempre en torno a las mismas ideas, se adoptan las mismas fórmulas, se advierte constantemente la presencia de la misma sanción: la nulidad absoluta.

Cuando se sabe que toda pretensión jurídica fundada sobre un acto afectado de nulidad debía pasar necesariamente por los ojos del *pretor*, se comprende fácilmente que la nulidad absoluta podía, sin duda, operar de pleno derecho.

Para concluir, afirmamos una vez más, que la idea de la nulidad, precisamente de la nulidad absoluta, se originó en el derecho romano estricto en materia de testamentos inoficiosos y de la *bonorum possessio contra tabulas*⁵⁸¹.

5.5.3. Las nulidades en el derecho del bajo imperio romano

La generación del procedimiento extraordinario, se produce en el reinado del Emperador Constantino⁵⁸² y tuvo consecuencias verdaderamente revolucionarias.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 79.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 59. Señala Petit, que “esta acción se realizaba contra la desheredación según el derecho pretoriano. El *pretor* concedió una gran extensión al principio de la desheredación, en cuanto a las personas que debían ser instituidas o desheredadas, modificando la sanción. Esta reforma estaba realizada ya en el principio del imperio. El derecho pretoriano impone al testador la obligación de instituir o desheredar, no solamente a los herederos suyos presuntos, sino a todos los descendientes, que serían herederos suyos y que no forman parte de otra familia. Por eso el padre debe instituir o desheredar a sus hijos emancipados. Esta misma obligación se impone también al padre natural para que el hijo que ha dado en adopción, habiéndole emancipado el padre adoptivo, lo instituya o desherede. El *pretor* no hace distinción entre los hijos omitidos, estableciendo la misma sanción en todos los casos y concediendo al hijo omitido la parte que hubiese tenido si hubiese recogido la sucesión *ab intestato* como heredero suyo. Esta sucesión pretoriana es llamada la *bonorum possessio contra tabulas*”.

⁵⁸² Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*,...,op. cit. p. 41. Establece este autor que “esta etapa corresponde al cuarto periodo romano, que comienza después de la muerte de Alejandro Severo, llamado también periodo del Bajo Imperio o del Imperio absoluto, que comienza a partir de los emperadores Dioclesiano y Constantino y que se extiende hasta el reinado de Justiniano (527 al 565)”.

Las dos fases del proceso, desaparecen y la dirección del mismo se concentra en manos del juez de la provincia.

La desaparición del antiguo dualismo civil-pretorio lleva a la teoría de las nulidades a una nueva concepción que puede resumirse en la creación de los grandes grupos de ineficacias; las nulidades absolutas y las nulidades relativas⁵⁸³.

Las nulidades absolutas, tienen como fuente la ley y las buenas costumbres, y en cuanto a la noción en sí misma, la Constitución del emperador Teodocio la aclara: “ningún efecto (dice la constitución), debe concederse ni a los pactos, ni a los convenios, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por la ley, porque lo que se hace contra la ley es, no solamente inútil, sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya previsto casos en particular”⁵⁸⁴.

Las nulidades relativas en el derecho de Justiniano se usan a propósito del dolo y la violencia, y ello implica un lenguaje por completo diferente, sobre todo cuando se trata de contratos de buena fe. En este sentido, el derecho de Justiniano substituye la ineficacia relativa, que constituye siempre el reflejo de la buena fe.

5.5.4. Las nulidades en el antiguo derecho francés

Es de establecer que para comprender la evolución del Derecho Francés es necesario remontarnos al período bárbaro comprendido entre los años 481 y 947, el cual se caracteriza por la confusión y la incertidumbre debido a la fusión de pueblos⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 885. Nos precisa este autor que el “*Jus civile* romano no fue enriquecido por el *jus pretorium*, junto a ellos se desarrolló el derecho consuetudinario jurisprudencial aunada a la opinión pública de la que habría de salir la querrela que inicialmente y por la obra de los tribunales Centunviros, se aplicó a las cuestiones de petición de herencia”.

⁵⁸⁴ Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de...*, op.cit., p. 90.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 95. Precisa Lutzesco que es “importante indicar que la confusión se produce ante a la amalgama de los pueblos, a los cuales se les sobrepone un conjunto de leyes; y la incertidumbre, por cuanto que, a pesar de todas sus pretensiones de originalidad, las leyes bárbaras no pueden resistir a la dominación del espíritu jurídico romano. Ocurre frecuentemente, en efecto, que en la misma provincia el franco vive bajo la autoridad de su ley, el visigodo no quiere renunciar a la suya, mientras que los galo-romanos, tras el escudo de los vencidos, se acogen siempre a la protección de la ley romana”.

Las ineficacias en las leyes personales de los galo-romanos se debieron, principalmente, a los deseos de los reyes de mantener buenas relaciones con sus súbditos. Los reyes bárbaros se contentaron con ejercer simplemente la supremacía política. No sólo dejaron intacto el orden jurídico, sino ordenaron la compilación de sus usos, de todas las leyes que reconocían como constitutivas de su estatuto jurídico.

La noción de las nulidades romanas subsistió aún, y persistió en esta época, con el mismo lenguaje y al amparo de las mismas instituciones. Así, la nulidad absoluta permanece, en todo caso, vinculada al carácter ilícito o inmoral del acto jurídico, en tanto que la nulidad relativa continúa siendo protegida por las acciones de dolo y violencia.

La existencia de la ley de los galo-romanos, tras haber suscitado la admiración de los bárbaros, los incitó a dar una forma definitiva a los usos que alimentaban su vida jurídica.

Cada rey se sentía obligado a dar a su pueblo la ley, pues debía colocarlos en un pie de igualdad con los galo-romanos. El primer problema que se presentaba era el de saber cómo se consideraba el acto jurídico por las leyes germánicas, a fin de poder obtener su parte negativa, esto es, saber la causas y aspectos de las ineficacias.

El acto, pues, sería esclavo de los ritos formalistas, no podrían producirse sus efectos sino a condición de que hubiere sido escrito por las partes mismas.

Dentro de la época bárbara encontramos que las ineficacias en las leyes de los francos se debieron a la resistencia a toda influencia romana, para ello, la legislación de carácter penal, la *lex salica* y la *lex ripuaría*, contienen disposiciones

relativas, al derecho penal. La Ley Sállica no contiene la menor indicación sobre el problema de las nulidades⁵⁸⁶.

La Ley Ripuaria marcó, no obstante un pasó hacia delante. Una prueba más nos proporciona la disposición que anula la donación hecha a favor de un hijo o hija, causando una disminución muy importante en el derecho sucesorio de los otros hijos.

5.5.5. Las ineficacias en el derecho del periodo feudal

El periodo feudal substituye, a las leyes personales de la época bárbara, las leyes territoriales; las provincias tuvieron que romper con el dogmatismo y sustituir el antiguo marco del derecho romano.

La falta de leyes previstas del sello oficial creó un estado casi anárquico. Así, con las *Coutumes de Beauvaisis*, 1283, Philippe de Beaumanoir, pone en juego todo su talento para presentar un verdadero tratado de derecho consuetudinario.

En cuando a las nulidades absolutas, la postura teórica sigue dividida todavía en tres sectores: el de lo que se hace contra la ley, o más bien, contra las costumbres; el de lo que se hace en fraude a la ley, y el de lo que es contrario a las buenas costumbres.

Todos los textos están de acuerdo, sin embargo, en que la nulidad absoluta opera de pleno derecho⁵⁸⁷.

Las nulidades relativas permanecen igual que en el derecho romano; así, con el siglo XIII, el dolo toma el nombre de “engaño” en tanto que la violencia adquiere el de “fuerza”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 99-101. Señala Lutzesco que “el derecho de la época bárbara presenta un triple aspecto: una primera imagen bien impresa, con rasgos bien claros y propios de un cuadro casi perfecto (el derecho romano); una segunda imagen confusa, desproporcionada y en que los rasgos son difícilmente reconocibles (el derecho visigo-burgundo); finalmente, una última imagen desvanecida, ruda y remota (el derecho de los francos), cuya característica es la resistencia contra toda influencia romana”.

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 107. Lutzesco señala que el “espíritu del derecho romano resucitado y reforzado por la legislación justiniana que había penetrado en Francia en el siglo XII por las obras de los glosadores, está presente siempre en la teoría del acto jurídico y en la de las ineficacias. A partir de la redacción oficial de las *Coutumes* comienza la gran ofensiva antirromanista cuyo resultado final será el predominio de una nueva fórmula verdaderamente revolucionaria para nuestro estudio: en Francia no hay recursos de nulidad”.

Con motivo de las distintas obras que trataban las nulidades, surgen cuatro escuelas que se dedicaron a su estudio, así tenemos:

a) Las nulidades en el *Brachylogus* y el *Petrus*. El *Brachylogus* y el *Petrus* son las únicas obras que han tenido el valor de afrontar las leyes bárbaras. El *Brachylogus* nos deja, asimismo, la impresión de que considera el pacto como el género, en tanto que el contrato, o más bien el convenio, queda circunscrito al campo de las obligaciones que tienen el sello de la buena fe.

Las nulidades absolutas se expresan de una manera constante por el vocablo *inutile*; de donde resulta que no es necesaria la declaración del juez, quien, por otra parte no puede ser requerido, ya que en todo caso está prohibido recurrir a la acción.

Las nulidades relativas conservan sus cuatro causas: el dolo, la violencia, la minoridad y la inoficiosidad. Los textos, al hablar de la violencia, reconocen a la restitución un triple efecto, llega principalmente a la rescisión del contrato; obliga, en segundo lugar, al acreedor a restituir el precio; ordena, en fin, al deudor, restituir la cosa recibida.

b) Las nulidades en la obra de Irnerio y sus discípulos. La lucha incesante entablada por el derecho consuetudinario encuentra un terreno apropiado con Irnerio y la contribución de sus discípulos, a quien se debe que el derecho romano y la legislación justiniana hayan vuelto a su estudio y aplicación en textos legales⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Idem. Lutzesco precisa que es "importante recalcar que en la misma época feudal, el derecho de las provincias que permanecieron fieles a las instituciones romanas, paso por tres fases sucesivas cada vez más importantes después de los antiguos *Brachylogus juris civilis et petri exceptionis legum romanorum*, y tiene su primer renacimiento que se caracteriza por una parte, por la recepción del derecho de Justiniano en Francia, pero sobre todo, por la obra de Irnerio y de todos los glosadores. Su carácter esencial es la tendencia, manifiestamente expresada, de someter el derecho romano a una clara interpretación, a un amplio comentario en que las exigencias de la vida práctica, no sean siempre descuidadas. El segundo renacimiento se inicia por el inimitable pensamiento de Bartolo y sus discípulos".

⁵⁸⁹ Bialostosky, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, tercera edición, Porrúa, México, 1990, p. 23. Señala la autora que varias son las razones por las cuales el derecho romano traspasó los límites de su esfera de vigencia positiva y adquirió una trascendencia histórica y universal que se sobrepusieron al tiempo y al espacio, esto es el resultado también del interés que existió entre estudiosos del derecho romano como Irnerio, quien además gustó de analizar la obra compilatoria de Justiniano (el *corpus iuris civiles*), mismo que sirvió de inspiración y sustento al movimiento codificador del siglo XIX, que como ejemplo tenemos el Código Napoleónico, modelo de nuestra legislación civil, el cual siguió una concepción romana.

La difusión de su trabajo, y sobre todo, a la del de sus sucesores, los post-glosadores, deben el que se hayan conocido los lineamientos de las leyes de Justiniano.

Las nulidades, según la Escuela del Irnerio, se presentan partiendo de la cuestión de la ley, de su importancia en el campo jurídico de la sociedad y como corolario, la sanción que de ellas se desprende.

En el capítulo de las nulidades relativas no vamos a encontrar grandes innovaciones. La Escuela de Bolonia no rebasa el cuadro de sus predecesores, se conforma simplemente con introducir un poco de orden. No es sorprendente, pues, que el dolo, la violencia y la lesión, constituyan causas distintas para solicitar, al lado de la minoridad e inficiencia, la sanción de la rescisión; inclusive en los contratos de derecho estricto.

La obra de Irnerio y sus discípulos no es, pues, una obra de revolución. El problema de las nulidades es muy difícil, su construcción es demasiado débil para resistir el peso de una crítica severa. Por ello, éstos prefirieron sondear únicamente los aspectos superficiales.

Sin embargo, esta tarea continuó con los post-glosadores⁵⁹⁰, si se examinan sus obras, se encontrarán más concisión, más firmeza, más simplicidad en el lenguaje y en las expresiones para las cuales Irnerio había guardado frecuentemente una inexplicable discreción⁵⁹¹.

c) Las nulidades según los Bartolistas. El derecho romano fue objeto de numerosas críticas por parte de los comentaristas por su proverbial inflexibilidad ante

⁵⁹⁰ Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de...*, op.cit., p. 116. Refiere este autor que se "atribuye el nombre de glosadores, tanto a Irnerio y sus discípulos como a todos los continuadores de su pensamiento, a veces incluso a Bartolo y sus discípulos. Sin embargo, se consideran pos-glosadores a Accursio, Placentino, Hugolino, Azzo, Rogelio y todos los demás que han seguido la interpretación vinculada a los textos (es decir la interpretación exegética), iniciada por Irnerio, pueden constituir un mismo cuerpo no desde el punto de vista del método empleado, sino desde el ángulo de la contribución, de la aportación de la materia de las nulidades".

⁵⁹¹ Ibidem. Señala Lutzesco que sobre "la antigua fortaleza del pensamiento romano, sobre el que se levantó el trabajo de los pos-glosadores, se demuestra el esplendor de la civilización romana imbuido en la vida práctica".

la perpetua multiplicación y cambio impuesto por las necesidades que cada día se presentan en el desenvolvimiento normal de una sociedad.

El gran espíritu realista de Bartolo, para ver al derecho romano sujeto a la prueba de la adaptación que reclamaban las nuevas realidades sociales. Las nulidades absolutas y relativas estaban referidas a la idea de la sanción. Hay una gran innovación, en tanto que la nulidad absoluta fija sus bases sobre consideraciones de utilidad pública, la nulidad relativa se dirige ineludiblemente a la noción de la sanción-favor concedida a una persona o a un grupo de personas determinadas⁵⁹².

La nulidad absoluta opera de pleno derecho, pero puede haber casos, sin embargo, en que la nulidad no puede operar por sí misma: en efecto, existen actos que tienen toda la apariencia de regularidad.

Ante estos actos, el espíritu práctico de Bartolo no dudó en encontrar una solución. En tales casos, aunque el menosprecio de la ley no sea manifiesto, el acto no es menos vulnerable, porque afirma que la parte lesionada, escudándose tras la protección de la ley, podrá siempre recurrir al juez a fin de iniciar la instancia del *jus dicendi nullum*.

Para los bartolistas, como para todos los intérpretes de la Edad Media, el problema de la anulación judicial gravita en torno a la restitución⁵⁹³.

Como quiera que sea, la anulación asegura su existencia sobre todo por la segunda forma de restitución que, después de haberse generalizado en todos los países de derecho escrito, pasa a los de derecho consuetudinario⁵⁹⁴.

⁵⁹² Ibidem, p. 119.

⁵⁹³ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal...*, op. cit, p.122. Nos indica el autor que por "la restitución *officio judicis* y por la administración de las nulidades según el interés que las justifica, el pensamiento de Bartolo fija definitivamente la teoría de las nulidades, tal como aparece después de entrar en vigor la ordenanza de 1510".

⁵⁹⁴ Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de...*, op. cit. p. 122.

d) Las nulidades según la opinión de los dialécticos franceses, quienes prefirieron seguir un camino intermedio: sin descuidar lo que tenía claramente el sello romano y sin sumarse al grupo de los reaccionarios representada por la escuela de Bartola⁵⁹⁵.

Los dialécticos franceses utilizan el “*dissensum*” romano para acentuar su influencia en el campo del dolo, de la violencia, de la lesión y de una manera mucho más notoria en el del error, por lo que, el formalismo, obtiene un nuevo reconocimiento a los dialécticos franceses que supieron apropiarse una terminología verdaderamente romana⁵⁹⁶.

Sin embargo, en la práctica francesa no siempre se respeta la regla citada, ya que, por citar a los actos contrarios a las buenas costumbres, después de haber afirmado que los actos inmorales jamás pueden convertirse en legítimos por la costumbre, ni por el juramento, Guy de la Pape nos trasmite una decisión, aceptada más tarde, y en cuya virtud, la nulidad fundada en las buenas costumbres, sólo puede operar por la intervención del juez⁵⁹⁷.

5.5.6. El derecho canónico y el problema de las nulidades

Al lado del derecho romano y del consuetudinario, la época feudal hizo florecer un sistema, que si no de gran importancia y que, prácticamente, se constituyó en la base de la formación de las nulidades.

Así, el derecho canónico imprimió al acto jurídico un aspecto más moral, una eficacia más cercana a la justicia y a la equidad. El juramento promisorio, que era un

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 123. En este sentido, explica Lutzesco que “los comentarios de los doctores de la escuela de Bolonia no tardaron en penetrar en Francia, donde hallaron la misma acogida que en Italia. Pero su autoridad poco tiempo después fue substituida por las obras de Bartola y sus discípulos que continúan siendo estimadas en virtud de que su interpretación está inspirada, sobre todo, en las necesidades impuestas por la multiplicación cotidiana de los negocios”.

⁵⁹⁶ Idem. Precisa Lutzesco que en “el derecho romano clásico había conocido dos especies de restitución: la restitución simple, pronunciada directamente por el *pretor*, en virtud de su *imperium*, y la restitución por la cual sólo daba la fórmula que abría el largo procedimiento del *judicium rescisorium*, a continuación del cual el juez pronunciaba, *cognita causa*, la rescisión del contrato. Los bartolistas pretenden resucitar estas dos instituciones, pero bajo un aspecto jurídico un poco diferente, por no decir no romano. La primera, pretenden encajarla en la *restitutio jure actionis* que se manifiesta por la acción de dolo, de violencia y de contrato (contratos de buena fe). La segunda restitución –la *restitutio officio judicis*–, es la supervivencia de la antigua restitución que requería las dos fases de la *in jure e in judicium*, reemplazadas ahora por el *judicium rescindens* y el *judicium rescissorium*”.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 125. Esta regla es la instancia propuesta por Bartola denominada *jus dicendi nullum*.

medio de obligarse sancionado y reconocido por el derecho canónico, es un contrato perfecto, que produce una obligación para con Dios y, accesoriamente, una obligación frente al acreedor.

Por esta razón, la época se caracterizaba por el hecho de que era mayor la obligación en la palabra evangélica, por razón del juramento, que en la letra de la ley civil, lo que ocasionaba que los tribunales laicos perdieran parte de su competencia.

Adaptando toda la terminología romana, el derecho canónico asume una actitud hostil en relación con todos los casos de ineficacia, oponiéndoles la autoridad del juramento.

En este contexto, el derecho canónico sostiene que aún en los casos de juramento-confirmativo, la obligación nacida del juramento es la única que debe tenerse en cuenta, por lo que el contrato civil sólo tiene un carácter accesorio. Esto significa que la nulidad del contrato no tiene ninguna importancia, la obligación encuentra su vinculatoriedad en la fuerza del juramento.

Para el derecho privado, el contrato es el fundamento, la verdadera fuente de la obligación, constituye lo principal, en tanto que el juramento es el complemento, lo accesorio; en consecuencia, si el contrato es nulo, el juramento confirma la nada y no se le puede tener por eficaz⁵⁹⁸.

El juramento no puede dar validez a un contrato contrario a las buenas costumbres; un pacto sobre sucesión futura, y en general, todo contrato que persigue

⁵⁹⁸ Ibidem, p.130. Es necesario recalcar, de acuerdo a Lutzesco "que hay que tener en cuenta que el mismo problema de las nulidades se desprende de las objeciones que le han sido formuladas durante el período anterior a la época de los glosadores, objeciones agravadas por las herejías de los canonistas. Fue necesario el poderoso espíritu de Bartolo que encontró en la teoría del juramento una buena ocasión de verificar las reglas que había formulado para la teoría de las nulidades. Su punto de partida fue, naturalmente, la importancia que debe concederse a una ley como medio destinado a asegurar con sus disposiciones el bien de la colectividad representada por el Estado, depositario de todos los derechos individuales. Además, distingue las prohibiciones que se refieren a la materia de los contratos; determina la naturaleza del interés que las anima, y después de haber delimitado su campo de aplicación analiza el juramento en todas sus manifestaciones para llegar, finalmente, a la conclusión de que éste no puede infringir las disposiciones concernientes a la utilidad pública, por estar restringida su autoridad a las que impliquen la protección de un interés privado".

un fin inmoral es siempre nulo. Más el juramento tendrá efectos en los contratos simplemente anulables.

Así, las obligaciones afectadas de una nulidad creada a favor de una persona que la ley ha querido proteger, pueden ser confirmadas por juramento⁵⁹⁹. En resumen, el juramento no puede influir en nada en los contratos nulos. Como sea, el derecho consuetudinario adopta y reconoce sin reservas los efectos del juramento.

Hay que reconocer, sin embargo que el derecho canónico no contribuyó de manera definitiva al esclarecimiento de la teoría de las nulidades. No obstante tuvo el mérito de despertar la discusión en torno a la naturaleza y fundamento de la ley, y de abrir el debate en torno a la importancia que hay que atribuir a las disposiciones prohibitivas, provocando la noción del término ilícito.

5.5.7. El periodo monárquico

El periodo monárquico se caracteriza por tres hechos esenciales, que marcaron rumbo a esta época. En primer lugar, la redacción oficial de las costumbres, seguido por la influencia de Grocio y la intervención de la Ordenanza de 1510. La redacción oficial de las costumbres es la nota de orden en el juego de la sanción.

Grocio, por su parte, influyó, desde el siglo XVI, en el razonamiento de los autores consuetudinarios, y la Ordenanza de 1510 tuvo el gran privilegio de poner fin a dicho estado de cosas que con posterioridad fue reducido a la protección de las cartas de rescisión, pero nada impidió que el derecho consuetudinario se convirtieron en el único dueño de la vida jurídica⁶⁰⁰.

Tenemos, además, que en el siglo XVI, los tratadistas retomaron el estudio de las nulidades, teniendo como base el derecho consuetudinario del siglo XVI, el cual

⁵⁹⁹ Ibidem, pp. 130-131.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 134.

trata de establecer una nueva vía procesal para las nulidades absolutas, mediante el procedimiento de declaración de nulidad.

Al mismo tiempo, pugna por dar al procedimiento de rescisión mayor flexibilidad y, a fin de acelerar la conclusión, tenemos, por una parte, las nulidades precisas y perpetuas; por otro, las nulidades causativas o respectivas.

Por lo que las nulidades precisas y perpetuas, se presentan cuando las prohibiciones se fundaban en un interés público, se preconizaba como sanción la nulidad precisa y perpetua.

Las nulidades absolutas, éstas derivan siempre su existencia de las mismas fuentes, de las costumbres y ordenanzas, del fraude a la costumbre y de la contravención a las buenas costumbres.

El pensamiento de los Bartolistas logró hacerse representar para siempre por el fundamento que había dado a la sanción de la ley, por la naturaleza jurídica que había atribuido al carácter esencial de la nulidad, esto es, la nulidad absoluta defensora del interés general.

El derecho consuetudinario rechaza el sistema romano que había asignado a las nulidades absolutas una aplicación automática.

Para las nulidades precisas y perpetuas se crea un procedimiento nuevo, que sirva mejor al orden jurídico, confiándose una parte del secreto de sus razonamientos a los jueces, que tendrán a su cargo hacer respetar la ley de manera más eficaz y correcta.

Para ello, se tuvo a la declaración de nulidad, que en el fondo no es más que la generalización del antiguo procedimiento del *in jus dicendi nullum* que Bartolo había propuesto para los actos revestidos de una apariencia de regularidad⁶⁰¹.

Dicho procedimiento tenía como fin ofrecer al juez la posibilidad de constatar, a consecuencia de una demanda de la parte interesada, que la ley había sido violada y declarar nulo el acto en cuestión.

Ahora bien, en relación a las nulidades causativas o respectivas, hay que mencionar que si las prohibiciones estaban fudadas en un interés público, se preconiza como sanción, precisamente, la nulidad precisa y perpetua, para las prohibiciones de favor. Para las prohibiciones destinadas a expresar la intención particular que el legislador concedía a una persona o categoría de personas, la mejor defensa era la nulidad relativa que se llamaba nulidad causativa para significar mejor su naturaleza jurídica⁶⁰².

5.5.8. Las Nulidades según los autores del siglo XVII

Terminada la obra de redacción y reforma de las costumbres, el mundo jurídico del siglo XVII modera mucho la marcha de las investigaciones. Esta época se caracteriza por el escaso número de hombres ilustres, por lo que debemos hacer notar que respecto a las nulidades el derecho natural se esfuerza por poner el sello de su espíritu conciliador bajo la razón natural.

El problema de la sanción abre nuevamente la interminable discusión en torno a la terminología más apropiada para expresar su contenido íntegramente⁶⁰³.

⁶⁰¹ Ibidem, p. 141. Indica Lutzesco que se trata de “una siemple constatación que le es demandada sin carta de rescisión por que así lo establece Chasseneu: *quod nullum est ipso jure rescindi non potest*. Este es el origen de la futura acción de nulidad que compartirá con la acción rescisoria, la aplicación de la teoría de las nulidades”.

⁶⁰² Ibidem, p. 142. Esto debemos entenderlo que dicha nulidad aparece en tanto que se refiere al interés de aquel en cuyo favor se establecía la nulidad.

⁶⁰³ Ibidem, p. 150. Cabe señalar que en lo que concierne a la esfera de la rescisión, conserva las mismas divisiones: el campo de las “nulidades de derecho”, es decir, de las nulidades absolutas de origen romano, y el campo de las causas que le han sido reservadas por la Ordenanza de 1535. En consecuencia, al terminar el siglo XVII la reconciliación esta a punto de captarse a los mejores pensadores.

5.4.9. Las nulidades según los autores del siglo XVIII

En tanto que el siglo VI se inicia con la ofensiva consuetudinaria y el XVII se sentía dispuesto a guardar la calma de la reflexión y el XVIII inicia su actividad con una poderosa manifestación de colaboración y reconciliación.

En este siglo nos encontramos con los precursores del Código de Napoleón de 1804, quienes no dejaron el pensamiento del derecho romano clásico, lo que dio lugar a que no se perdiera el uso e interés por el estudio de las instituciones jurídicas básicas romanas y que se adoptaron en dicho código.

5.5.9.1. Nulidad absoluta

La nulidad absoluta se aborda bajo el concepto de la prohibición relativa al interés público, el cual ha sido definitivamente fijado bajo la expresión de Coquille, con el nombre de nulidad absoluta.

El adjetivo “absoluta” es un término suficientemente amplio para comprender todos los aspectos del interés general, además porque su contenido se comprende con facilidad al grado de que abarca los elementos de la noción de nulidad⁶⁰⁴.

Se dice que la nulidad absoluta es una nulidad de pleno derecho, misma que se puede captar bajo tres puntos de vista. En primer lugar, la nulidad absoluta y el interés público. Su base de sustentación es el interés público ya que su misión principal es asegurar su defensa, ya que deriva de dos órdenes de ideas mismas que va en relación a las personas que tienen derecho a hacerla valer, y a la duración de su existencia⁶⁰⁵.

En este aspecto, hay de acuerdo en que su eficacia se realizará plenamente si, a nombre del interés público es puesta al alcance de todos, ya que podrá ser válidamente intentada por todas clases de personas.

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 153.

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 154

En segundo lugar, está la nulidad absoluta y sus efectos. Esta no deja de surtir sus efectos, ya que las partes han de someterse a los efectos que derivan de la prohibición legal. La nulidad, a su vez, deberá velar porque el interés general sea respetado⁶⁰⁶.

Finalmente, la nulidad absoluta y el procedimiento de anulación. Hay que recordar, en este sentido, que la nulidad de origen consuetudinario, es una nulidad de pleno derecho, la nulidad absoluta opera por sí misma, por su origen consuetudinario; sin embargo, doctinarios de la época como Denisart, afirman que basta alegar la nulidad para hacerla declarar sin que sea necesario tener las cartas de rescisión, y para ello hay que recurrir a la jurisprudencia para encontrar la solución⁶⁰⁷.

5.5.9.2. Las nulidades relativas o respectivas

La nulidad relativa tiene como misión sancionar todas las prohibiciones de favor; debe servir a los protegidos para reparar sus faltas, para condenar las maniobras que han sido objeto por parte de las personas de mala fe, para corregir las injusticias que han sido víctimas, para evitar los riesgos y perjuicios a su experiencia.

El acto anulable puede ser confirmable, la obligación que contiene puede ser ratificada por quien tiene el derecho de prevalerse de la sanción.

En cuanto a los efectos de la nulidad relativa, éstas se reducen a que, ante la amenaza de la anulación, el acto subsiste plenamente hasta el momento de la anulación, tanto respecto de las partes como terceros.

El aspecto más interesante es el del procedimiento de anulación. En este respecto, considero conveniente hacer notar desde luego, que la nulidad relativa

⁶⁰⁶ Idem.

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 159. Precisa Lutzesco que cuando se recurra a la forma, entonces todas las piezas que componen su engranaje deben reunirse porque cada una tiene su función en las garantías que derivan de la solemnidad. En caso contrario, la nulidad estará allí, bastará decir al juez que examine y resuelva.

puede intentarse por dos medios de anulación, mismos que son para las nulidades de origen consuetudinario y donde se establece la acción de nulidad propiamente dicha⁶⁰⁸.

La diferencia esencial que las distingue consiste en que, las nulidades de las costumbres, a efecto del procedimiento no eran necesarias proveerse de cartas de rescisión, en tanto que para el dolo, la violencia, la lesión, el error y para las llamadas nulidades romanas, eran indispensables las cartas, y por esta circunstancia se llamaban nulidades de derecho⁶⁰⁹.

Después de examinar a grandes rasgos la historia de las nulidades, y que la teoría de las nulidades ha conservado dos clases de sanciones, según que se trate de una ley de utilidad pública o de una ley relativa al interés privado, analizaré en los siguientes párrafos, los aspectos más importantes.

5.6. Las nulidades procesales

En este apartado trataré lo relativo a las nulidades procesales, ya que después de analizar el concepto de nulidad, proceso y medidas cautelares, ello permitirá entender el campo en que se aplicará la nulidad en el terreno del proceso cautelar.

Para lo cual, antes de explicar en que consisten las nulidades procesales es importante conocer los aspectos procesales en que se origina la nulidad y que implica que un acto procesal se encuentre viciado y por ende tenga ineficacia el resultado, por haber sido realizados sin cumplir con los requisitos de ley.

5.7. Presupuestos procesales

Debemos partir, entonces, de cuáles son los casos en que un acto procesal puede llegar a ser nulo, es decir, qué es lo que da origen a la nulidad. Para ello, es de señalar que si no se cuenta con todos los elementos de fondo y de forma estaremos en presencia de una invalidez.

⁶⁰⁸ Ibidem, p. 160.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 161.

Para lo anterior, inicio con los presupuestos procesales, que de acuerdo a su origen gramatical proviene del latín *prae*, “antes”, “adelante”, y *suppono, ositum*: “poner debajo”, “poner antes” y “en la base”. Así, los presupuestos procesales son elementos o circunstancias que dan origen al proceso; que determinan la constitución de la relación procesal, y que aseguran la validez y eficacia de los actos procesales⁶¹⁰.

La doctrina engloba los elementos aludidos en el concepto genérico de presupuestos. Sin embargo, Briceño Sierra establece que sería más técnico considerar que el género son las condiciones del proceso, y que éstas pueden ser de tres especies, según los propósitos o funciones que les corresponden de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior⁶¹¹.

Para ello, debemos precisar que el supuesto, es el conflicto sustantivo, sin cuya presencia previa el proceso carece de sentido. Existe y se actualiza antes de que surja el proceso y con independencia de él. Pero constituye un elemento *sine quo non* del mismo⁶¹².

Los presupuestos procesales (en cuanto a los sujetos) se tienen presentes en la competencia del juzgador (esto es, su aptitud para ejercer la jurisdicción en el caso de que se trate) y la habilidad de las partes para estar (legitimación casual) y para actuar (legitimación procesal) en un proceso dado.

En tanto al procedimiento, éste es la regulación de la vía y de la secuencia procedimental, establecidos ambos en la ley. Están previstos en la norma con anterioridad a cada proceso concreto, pero sólo se actualizan cuando éste comienza, y sin, ellos, la relación procesal no puede constituirse⁶¹³.

⁶¹⁰ Voz, “Presupuesto procesal”, *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal*, Harla, México, 1998, p. 155.

⁶¹¹ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 766.

⁶¹² Voz, “Presupuesto procesal”, *Diccionarios Jurídicos...*, op. cit., p. 155.

⁶¹³ Idem.

Los requisitos procesales se refieren a las circunstancias de tiempo, lugar, forma y modo de realización de los actos procesales. Se dan – o mejor, deben darse – al mismo tiempo que cada uno de ellos, en ellos o con ellos, para que tenga eficacia y el proceso no resulte viciado⁶¹⁴.

Así, puede requerirse la presencia o la firma del titular de la pretensión, admitirse la gestión oficiosa o la de un allegado, exigirse la asistencia letrada (simple firma del abogado patrono o intervención exclusiva del procurador) y establecer los diferentes modos de acreditar la representación (o la dispensa de tal carga) y pueden precisar, legislativamente:

a) El contenido mínimo de los actos de postulación, de los recursivos y de los petitorios de ejecución provisional o definitiva;

b) Las características de ellos en cuanto a la oralidad o escrituración, la forma de los documentos, la exhibición de copias;

c) El modo y tiempo de ofrecimiento, preparación y asunción o desahogo de la prueba;

d) La forma de producción de las conclusiones o alegatos; y,

e) Los elementos de fundamentación y motivación y las formas, el lugar y el plazo de las resoluciones judiciales.

Cabe señalar que, de acuerdo a la regulación legal que dan los textos jurídicos, los conceptos teóricos del supuesto y de los presupuestos están universal y pacíficamente aceptados en virtud de que corresponden a principios del derecho procesal, por lo cual las legislaciones reconocen y regulan de manera prácticamente uniforme.

⁶¹⁴ Ibidem, p. 156.

Por regla, tenemos la capacidad, la competencia, la legitimación, la personalidad, entre otros.

Por tanto, los presupuestos procesales aluden a los elementos de presencia previa y necesaria para que puedan integrarse debidamente el proceso, ya que sin esto no se iniciará válidamente un proceso.

Al respecto, Eduardo J. Couture señala que “los presupuestos procesales son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal”⁶¹⁵.

El mismo autor indica que los presupuestos para la existencia del juicio son la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción, y las partes que se presenten como sujetos de derecho.

Eduardo Pallares, por su parte, señala que los presupuestos procesales son los requisitos de forma y de fondo, sin los cuales no es posible iniciar ni tramitar válida y eficazmente un proceso⁶¹⁶.

Por lo dicho, no se puede determinar que los presupuestos procesales sean limitativos sino, por el contrario, ya que ciertos juicios o procedimientos no se explicarían ni se admitirían sin ciertos elementos imprescindibles.

Tal es el caso del proceso cautelar en que no tendrían fin, si no existieran, sus elementos y su ejecutividad provisional, o bien un proceso ejecutivo sin el título con fuerza ejecutiva.

5.8. Concepto y naturaleza de la nulidad procesal

Couture señala que “el derecho procesal es el conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico mediante las cuales se hace el juicio; o bien, un

⁶¹⁵ Arellano García, Carlos, *Teoría General del...*, op. cit., p. 22.

⁶¹⁶ Idem.

conjunto de disposiciones que regulan los actos jurídicos concatenados entre sí, realizados por los agentes de la jurisdicción, las partes y otros sujetos procesales, encaminados a obtener un fallo”⁶¹⁷.

Por ende, la nulidad consiste en el apartarse de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley⁶¹⁸.

De la Rúa, indica que el proceso “es un conjunto de actos sistemáticamente regulados por la ley procesal y que se cumplen en forma gradual, progresiva y concatenada, es decir, sucediéndose a través de diversos grados o etapas en función de un orden preclusivo y ligado de tal manera que cada uno es, en principio, consecuencia del anterior y presupuesto del que le sigue”⁶¹⁹.

Además, el proceso está constituido por una serie de actos realizados por las partes y el juez; actos jurídicos procesales en cuanto son manifestaciones de voluntad libremente queridas, que producen efectos jurídicos atribuidos por normas preestablecidas, reguladoras del trámite a seguir, desde la demanda que lo inicia hasta la sentencia que lo decide.

Los actos procesales son cumplidos por órganos públicos predispuestos, o por particulares autorizados u obligados a intervenir en virtud de poderes, deberes, atribuciones o sujeciones que la misma ley procesal les concede o impone⁶²⁰.

Ese conjunto de actos que constituyen el proceso tiene, por finalidad inmediata, la determinación de los hechos y el pronunciamiento de la sentencia; en

⁶¹⁷ Couture, J. Eduardo, *Los recursos...*, op. cit., p. 374.

⁶¹⁸ Idem. Indica Couture que “este primer intento de fijar el sentido de la nulidad procesal, demuestra que no es cosa atinente al contenido mismo del derecho sino a sus formas; no un error en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia”.

⁶¹⁹ Alvarez, Julia Luis, *et al*, *Manual de derecho...*, p. 119.

⁶²⁰ Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del...*, op. cit. p. 18. Precisa el autor que su base actual, se halla en el contrato, donde los interesados acuerdan el someter una o varias diferencias a ese tercero imparcial llamado árbitro, y le dan potestad para efectuar los actos necesarios a tal labor hasta que el conflicto quede prácticamente resuelto, lo cual requiere a su vez, que este tercero imparcial acepte este encargo de las partes acordes, y se comprometa a su vez a efectuar los referidos actos, que culminarán en la resolución del conflicto (laudo), con lo cual, deja de ser árbitro, desapareciendo de escena. Es así, la voluntad de las partes, la que hace nacer y morir al árbitro y al arbitraje.

forma mediata, la actuación de la ley para lograr un fin supremo de justicia y paz social que puede condensarse en la idea de seguridad jurídica.

Couture define al acto procesal “como el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la justicia o aún de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”⁶²¹.

Así, el acto procesal es una especie dentro del género “acto jurídico”. Su elemento característico es que el efecto que de él emana se refiere directa o indirectamente al proceso.

Son actos procesales los de las partes y del juez que forma la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensan de cargas⁶²².

El primer acto de parte con relación al acto es la interposición de la demanda, y con relación al demandado su contestación; el principal acto del órgano jurisdiccional es la sentencia definitiva que pone fin a la litis.

A las partes corresponde fundamentalmente, la afirmación de los hechos y la aportación de la prueba; el medio por el cual el juez ejercita la función judicial es la sentencia.

El órgano jurisdiccional (juez), tiene también varios actos a realizar que son de carácter decisorio, como pronunciarse sobre la regularidad de la relación procesal, examinando la capacidad de las partes y su propia competencia, así como proveer a las peticiones que aquéllas formulan sobre diligencias de prueba, entre otros.

⁶²¹ Alvarez, Julia Luis, *et al*, *Manual de derecho...*, p. 119.

⁶²² *Ibidem*, p. 120.

De igual forma, los terceros también realizan actos procesales y son aquellas intervenciones de sujetos, ajenos a las partes y al juez, que pueden afectar, modificar o extinguir el proceso⁶²³.

El acto procesal difiere del acto jurídico, en el sentido de que el primero sólo tiene vida y eficacia en el proceso en que se lo ejecuta, y su finalidad no es otra que la de obtener una decisión del órgano estatal respecto de una litis. En cambio, en el segundo se propone establecer entre sujetos privados exclusivamente relaciones jurídicas de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Recordemos que la nulidad es la sanción a través de la cual la ley priva a un acto de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquéllas⁶²⁴.

En este sentido, De la Rúa establece que “el acto procesal es una declaración de la voluntad con incidencia directa en el proceso que consta de un elemento subjetivo, que es el contenido, y de un elemento objetivo, que es la forma”.

Es importante establecer las variantes que se dan a la nulidad procesal, así tenemos la de vicio que afecta el acto procesal, es decir, la causa determinante de la nulidad.

También en la consecuencia jurídica que engendra el vicio, centrándose en la sanción del acto defectuoso, o en la privación de sus efectos normales; así mismo, en el estado o situación latente que genera el vicio, defecto u omisión del acto procesal⁶²⁵.

⁶²³ Puede resultar una persona que viene a juicio por haber interpuesto una tercería excluyente de dominio, en virtud de haber sido afectado en sus bienes, quien interviene en el proceso sin ser parte, y cuyo actuar puede repercutir en el desarrollo del proceso de ejecución.

⁶²⁴ Alsina, Hugo, *Las Nulidades en el Proceso Civil*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, p. 167. Refiere este autor que su definición es provisoria, porque la función esencial de la nulidad, no es asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a estas por el legislador.

⁶²⁵ Alvarez, Julia Luis, *et al, Manual de derecho...*, op. cit., p. 121. Recalca este tratadista que “la forma requiere ciertos elementos de modo, tiempo que la ley procesal regula para asegurar la eficacia del acto. La forma del acto es el elemento externo mediante el cual la voluntad se manifiesta en la realidad: ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta”.

Resulta, pues, parte del concepto de nulidad procesal la forma, la cual ocupa un lugar importante en la definición, puesto que el acto procesal es una declaración de la voluntad con efectos en el proceso, y que consta de un elemento subjetivo, traducido en el contenido, y de un elemento objetivo, que es precisamente la forma⁶²⁶.

Pero, cabe señalar, además de ese contenido sustancial y de la exteriorización formal, el acto procesal requiere, para su validez, un fundamento jurídico, mismo que consiste en el poder conferido por la ley procesal a una persona o sujeto para cumplirlo, y es aquí donde estamos en presencia del contenido formal del acto⁶²⁷.

Para Maurino, la nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo colocan en situación de ser declarado judicialmente inválido⁶²⁸.

Para Alsina, la nulidad procesal es la “sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por la misma”⁶²⁹.

Así también, para Becerra Bautista, la nulidad procesal es “la acción que se concede a las partes en un juicio contra actuaciones judiciales que estiman

⁶²⁶ Luis Maurino, Alberto, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 17. Indica al respecto este autor que “según se limite la noción de nulidad procesal al quebrantamiento de las formas, o se considere que es comprensiva de los vicios u omisiones de cualesquiera de los elementos que constituyen el acto procesal”.

⁶²⁷ Alvarez, Julia Luis, *et al, Manual de Derecho...*, op. cit., p. 121. Comentan los autores que la forma del acto es el modo de expresión de la voluntad.

⁶²⁸ Luis Maurino, Alberto, *Nulidades Procesales...* op. cit. p. 17. Agrega este doctrinario una clasificación bajo las siguientes premisas en que se presenta la nulidad procesal: a) Estado de anormalidad del acto procesal. Coincidimos con los autores que consideran la nulidad como un estado del acto. Colocamos el acento en la calidad de anormal de dicho acto, como antitético del acto sano, cuyos elementos existen en su totalidad y no están afectados por vicios u otras irregularidades; b) Originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o vicios existentes sobre ellos. Esta expresión hace referencia a las causas de este estado de nulidad, y centra el problema en sus elementos constitutivos, ya sea que éstos falten (omisión) o padezcan vicios o defectos; c) Que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido. Ese estado de nulidad procesal latente puede que no se materialice por subsanación del vicio, por convalidación o porque ha cumplido su finalidad y el acto procesal concrete de manera perfecta su función idónea. Debemos recordar que el acto nulo requiere declaración judicial. Mientras tanto, produce sus efectos.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 18.

violatorias de un derecho o contrarias a las normas que rigen un procedimiento, las cuales aun cuando no ponen obstáculo al curso del juicio deben plantarse y resolverse antes de que éste se termine por sentencia ejecutoria”⁶³⁰.

Por tal motivo, la nulidad procesal es la ineficacia de que se hayan afectados los actos procesales, en razón de que los mismos han sido realizados sin cumplir con los requisitos o formas legales establecidas para su validez quedando por tanto dichos actos procesales afectados⁶³¹.

Dichos actos procesales pueden dejar de producir todos y cada uno de sus efectos propios en el proceso si se declara nulo el acto procesal del que emana, pues de lo contrario producirá los efectos jurídicos correspondientes al convalidarse.

Por lo señalado, la nulidad de los actos procesales deviene de las causas de ineficacia procesal, esto es, por una trasgresión del ordenamiento jurídico en cuanto a la observación de los requisitos o presupuestos que impone dicho texto legal. Por ende, descansa en aquellos casos en que no se apoyan en los presupuestos procesales, en cuanto a la forma, o bien, en los supuestos jurídicos en que descansa el proceso respecto al fondo.

Es importante, dentro de la nulidad procesal, conocer la causa formal de la nulidad, sus elementos constitutivos, el vicio, defecto u omisión que la produce.

Por tal motivo, la nulidad se configura respecto a los actos procesales susceptibles de producir efectos jurídicos autónomos, como es el caso de los actos emanados del órgano jurisdiccional.

⁶³⁰ Voz “Nulidad Procesal”, en *Diccionario Jurídico Mexicano...*, op. cit., p. 2234.

⁶³¹ Voz “Nulidad Procesal”, en *Enciclopedia Jurídica Ameba*, Tomo XX, Driskill, Argentina, 1991, p. 455. Indica este diccionario que se entiende por nulidad procesal la sanción que la ley imputa a los actos del proceso que adolecen de alguna irregularidad en sus elementos esenciales, y que ello carece de aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

Atendiendo al concepto y naturaleza de la nulidad procesal, debemos establecer que para que opere la nulidad se requiere que el acto procesal no haya observado las formalidades esenciales del procedimiento, tanto en su forma y su contenido; y que con dicha actuación se deje en estado de indefensión a una de las partes.

5.9. Violación de las formas procesales

Para el cumplimiento de las formas procesales es necesario, que se asegure su respeto mediante sanciones adecuadas a la importancia o gravedad de la violación. Tales sanciones, pueden resumirse en dos, en primer lugar, la ineficacia del acto cumplido, o bien, la imposibilidad de cumplir un acto en el futuro.

En el primer caso, la sanción es la nulidad del acto; en el segundo el decaimiento del derecho, al cual se llega a agregar una sanción pecuniaria⁶³².

La nulidad afecta a todos los actos procesales en mayor o menor extensión y exige que se le considere independientemente. También violan las reglas de forma cuando no se respeta el curso normal del procedimiento indicado por la ley.

Cada una de estas desviaciones tiene indicado en la ley el camino para su reparación y omisión de requisitos. La reparación de una providencia del juez, perfecta en cuanto a su forma pero equivocada en cuanto a su contenido, se obtiene mediante el recurso de revocación, acompañado por la apelación y la nulidad.

La reparación de los actos ejecutados con omisión de los requisitos establecidos para los mismos, debe obtenerse promoviendo el respectivo incidente de nulidad. La violación de una forma procesal no siempre tiene como consecuencia una nulidad y el medio de obtener su reparación depende de la naturaleza o gravedad de la infracción cometida.

⁶³² Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de derecho...*, op. cit., p. 625. Nos recuerda el autor que el "decaimiento del derecho se produce cuando éste no se ejercita en los plazos determinados por la ley. Así, al demandado que no contesta dentro del término del emplazamiento se le da por decaído su derecho de hacerlo en adelante y la instancia sigue su curso; la no interposición de un recurso en tiempo hábil importa el consentimiento de la providencia respectiva. Se trata, de una institución vinculada a los términos, responde al principio de preclusión".

5.10. Clasificación de las nulidades procesales

De acuerdo a Alsina, se admite que existe una distinción fundamental entre actos nulos y anulables. En los primeros, “el juez se limita a constatar la ausencia de un elemento indispensable para la validez del acto; en los segundos, es necesaria la declaración judicial de nulidad; por eso, el acto nulo no produce ningún efecto, mientras que los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”⁶³³.

La nulidad absoluta, de acuerdo con Carnelutti, de un acto procesal “puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta en el acto; por el contrario la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte”⁶³⁴.

Puede haber actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa; actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa.⁶³⁵

Chiovenda dice que si la falta de un presupuesto de la relación procesal puede ser relevante de oficio, el acto es nulo; si sólo puede serlo a pedido de parte, es solamente anulable⁶³⁶.

Establece Carnelutti, que “ser la causa del vicio del acto, significa actuar para que el acto se realice no obstante la falta de requisito y, de ese modo, inducir al agente a realizarlo; ello, sucede pues, siempre que sin una cierta conducta de la

⁶³³ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 630.

⁶³⁴ Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Oxford, México, 2001, p. 790-791. Refiere este tratadista que la experiencia demuestra que existen actos que, aun cuando presenten vicios esenciales, no se consideran, sin embargo, como actos inútiles, sino que, por el contrario, pueden, en ciertas condiciones, alcanzar su finalidad. Ante todo, el vicio puede ser eliminado, por lo que puede ser rectificado. Sin embargo, cuando se produce el evento al que la ley atribuye virtud curativa, el negocio se convierte de nulo en válido; es decir, se considera como si hubiese sido válido desde su origen, por virtud de la retroactividad de la condición producida; esta transformación suya es lo que se llama, mediante una metáfora, convalecencia del acto, que en realidad no es más que la cesación del estado de suspensión propio de los actos sujetos a condición suspensiva. En ello se traduce, la distinción entre la nulidad absoluta y relativa, ya que mientras la eficacia del acto se excluye en el primer caso, en el segundo queda en suspenso hasta que se realice la condición.

⁶³⁵ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 631. Indica el autor que la “nominación nulidades-anulabilidades considera el acto afectado en si mismo, y la nominación nulidades absolutas- nulidades relativas considera a los sujetos con relación a los cuales la nulidad se produce. Unos y otros están de acuerdo en que la nulidad absoluta se vincula al concepto de orden público, y la nulidad relativa, al interés privado”.

⁶³⁶ Ibidem, p. 632.

parte, hubiese sido advertido el vicio y el acto no se hubiere realizado de ese modo”⁶³⁷.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho sustantivo, el acto nulo, como el acto anulable, requiere de declaración judicial y mientras tanto produce sus efectos, pudiendo ser convalidados por renuncia expresa o tácita de aquel a quien perjudica.

Siguiendo al sistema francés, pueden anularse los actos que carezcan de los elementos que constituyen su esencia. El determinar si una forma es esencial o meramente accidental queda a la discreción del juez, y es cosa muy difícil, pues a menudo la esencia de un acto puede corresponder a distintos elementos, según el modo que lo haya considerado el legislador y la indagación de esa voluntad es fácilmente empírica y subjetiva.

Un acto, sea esencial o no lo sea, no es cuestión que puede resolver por principio lógico, sino indagando la voluntad del legislador, que puede haber considerado como esencial aquello que por si mismo no lo sería.

Carnelutti distingue entre elementos esenciales o necesarios del acto y elementos accesorios o útiles, por lo que “la omisión de un elemento esencial es causa de nulidad absoluta, la de un elemento accesorio lo es de nulidad relativa”⁶³⁸.

Pero hay que distinguir todavía entre nulidad relativa y anulabilidad. La nulidad relativa impide que el acto produzca sus efectos mientras el defecto no sea subsanable. El acto anulable, en cambio, produce sus efectos mientras la nulidad no sea declarada (ya que está sujeto a una condición resolutoria).

⁶³⁷ Bazarte Cerdan, Willebaldo, *Los Recursos, la Caducidad y los Incidentes*, Editora e Informática Jurídica, México, 2001, p. 589.

⁶³⁸ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 634. Son esenciales la capacidad, la legitimación; la falta de un requisito de éstos es motivo de nulidad absoluta. La nulidad esencial puede ser convalidada; así, la comparecencia del demandado convalida la citación defectuosa.

Indica Carnelutti que “mediante la regulación de los actos procesales, como en general de los actos jurídicos, se trata de obtener que los hombres se conduzcan en el proceso, como en general en la vida, en tal forma que cada uno de ellos colabore en la paz social”⁶³⁹. La simple irregularidad permite al juez ordenar la rectificación del acto.

Redenti, dice que en “el nuevo código procesal italiano la nulidad tiene como resultado la ineficacia del acto procesal ante la falta de un requisito esencial”,⁶⁴⁰ de tal gravedad, que el juez debe excluir al acto de todo efecto, por lo que se limita a declarar la nulidad absoluta o radical; no obstante puede producir ciertos efectos, es decir, la nulidad es parcial.

A su vez, expresa Liebman, que la nulidad puede ser absoluta o relativa según que pueda ser declarada de oficio o solamente a petición de parte interesada⁶⁴¹.

En la doctrina española, Guasp expresa que si al acto le falta algún requisito “esencial” la nulidad es absoluta y su ineficacia puede ser estimada de oficio, pero cabe su convalidación, esto es, la sanción del acto en virtud de otro realizado posteriormente por el mismo juez o por las partes⁶⁴².

De acuerdo a Rojina, si el requisito no es esencial, su omisión produce la anulabilidad del acto, la nulidad es entonces relativa. “El acto anulable no sólo puede ser convalidado, sino que puede ser invalidado sino a petición de parte, por la simple anulabilidad”⁶⁴³.

⁶³⁹ Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 579. Precisa el autor que “cuando el derecho dicta inmediata o mediatamente las reglas del acto, ello se traduce en la construcción de una especie de modelo, al cual el agente ha de conformarse en su actuación. Los caracteres de ese modelo constituyen lo que se llaman requisitos jurídicos del acto, o sea modos de ser del acto según el derecho”.

⁶⁴⁰ Ibidem, p. 583. Establece Carnelutti que son requisitos internos o elementos, del acto en amplio sentido comprenden las especies siguientes: capacidad, legitimidad, causa, voluntad y forma, en cuanto “requisitos esenciales”.

⁶⁴¹ Idem.

⁶⁴² Idem.

⁶⁴³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho...*, p. 115. Nos precisa el autor que la nulidad relativa es prescriptible porque puede desaparecer por la confirmación del acto observando la forma que prescribe la ley, es decir, la conformación debe hacerse sin incurrir nuevamente en el vicio de informalidad; pero si se otorga, el acto que originalmente es nulo, observando la forma legal, se tiene por válido desde el momento en que se otorgo. Este es el efecto de la convalidación que operara de manera retroactiva.

Couture distingue entre actos absolutamente nulos y relevantemente nulos. La nulidad absoluta no puede ser convalidada pero necesita ser declarada, porque el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación y puede ser convalidado por consentimiento expreso o tácito de las partes⁶⁴⁴.

La terminología en el derecho procesal produce sus efectos mientras la nulidad no sea declarada y pueden ser confirmados por consentimiento expreso o tácito de las partes. Nulidad relativa y anulabilidad son términos que se utilizan como sinónimos.

En el procedimiento romano el proceso se hallaba sometido a un conjunto de formalidades de cuyo estricto cumplimiento dependía la eficacia del acto, bastando para anularlo la omisión de un simple detalle o un error en la expresión consagrada, de modo que la violación de cualquier regla procesal importaba su nulidad.

Ello en virtud de que el proceso no es más que un instrumento que la ley pone en manos del juez y de los litigantes, para resolver los conflictos que éstos le sometan. Las formas procesales y su razón de ser no es otra que la necesidad de asegurar a las partes la libre defensa de sus derechos y una sentencia justa.

Por consiguiente, las nulidades no tienen el carácter de penas, sino que son la consecuencia lógica del incumplimiento de los requisitos a los cuales la ley confía la eficacia del acto.

La materia laboral no consagra un título a la materia de las nulidades; sus disposiciones son aisladas, dispersas y no responden a un sistema ni obedecen a un método. La razón está en que no resulta fácil concretar en fórmula legislativa todos los principios que el intérprete debe tener en cuenta para resolver las diversas situaciones.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 635.

Pero al lado de estas nulidades expresas, la jurisprudencia ha admitido en numerosos casos la existencia de nulidades implícitas, sea por haberse violado las formas que se consideran esenciales para la calidez o eficacia del acto, sea porque, aún cuando no esté exigida expresamente una formalidad, ella debe suponerse necesaria en el caso.

Formas substanciales del juicio y de defectos que por expresa disposición de la ley anulen las actuaciones. Admite la distinción entre formas substanciales y accesorias que, como hemos visto, es corriente en la doctrina y en la legislación francesa e italiana.

En consideración a su contenido las nulidades pueden ser substanciales o accesorias según que tengan o no un texto expreso en la ley, pueden ser expresas o implícitas⁶⁴⁵.

Las nulidades substanciales o esenciales, son las que derivan de la violación de una forma substancial, porque precisamente la dificultad en el procedimiento todas las nulidades son relativas en cuanto pueden ser confirmadas por la voluntad expresa o tácita de las partes. Son substanciales las que resulten del incumplimiento de las formas requeridas para que haya un proceso válido.

Lascano afirma que por formas substanciales han de entenderse las que hacen efectivas las garantías procesales contenidas en la Constitución Política, cuya observancia está impuesta a los órganos del Estado encargados de impartir justicia, como ley suprema de la Nación⁶⁴⁶.

En todo supuesto en que, de una u otra forma, se viola la garantía de la defensa en juicio, haya o no sanción expresa de nulidad, el juez debe declararla; la indefensión es la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 648.

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 649. Es importante resaltar que en el supuesto en que en una o en otra forma, se viole la garantía de la defensa en juicio, haya o no sanción expresa de nulidad, el órgano del Estado debe declararla: la indefensión es la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso.

Hay que partir del principio de que las formalidades establecidas en la ley, por exiguas que sean, deben responder a un objeto porque de lo contrario el legislador no las hubiera previsto, y que, por consiguiente, alguna consecuencia ha de derivar de su incumplimiento.

De lo expuesto resulta que la distinción entre nulidades expresas o implícitas, a los efectos de su declaración, tiene un valor relativo, porque lo que cuenta es el contenido de la forma⁶⁴⁷.

Es así que aún en los casos en que la nulidad esté expresamente prevista, su declaración no tiene objeto, si no obstante el defecto que el acto contenga si el fin propuesto ha sido logrado.

Aún cuando no exista un texto expreso, la declaración de nulidad es procedente si por la omisión de una formalidad, establecida por la ley o presupuesta para la validez del acto, se ha violado el derecho de defensa en juicio o se ha ocasionado un perjuicio al derecho de las partes.

Hay que admitir que, si como consecuencia de la violación de la forma el acto no ha llenado su objeto, la nulidad se impone para reparar el perjuicio, y recíprocamente, si no obstante el defecto del acta el fin propuesto ha sido logrado, la nulidad no tiene razón de ser, de ahí el requisito que se exige de la demostración de un interés en la declaración de nulidad.

La misión de la nulidad, en efecto, no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 651.

Las formas son el método o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual constituye el fundamento de los llamados derechos procesales de las partes. En cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la ley, la declaración de nulidad se impone.

La fórmula sería la siguiente: donde hay indefensión hay nulidad; en sentido inverso, si no hay indefensión, no hay nulidad. Necesariamente debe, entonces, confiarse al juez la apreciación de las situaciones de hecho, ya que por su complejidad sería imposible preverlas en la ley⁶⁴⁸.

El órgano jurisdiccional debe ser exigente en el respecto de la garantía de la defensa en juicio, pero prudente en la declaración de nulidad, y en caso de duda decidirse por ésta, pues es la mejor manera de asegurar el respeto de aquélla.

5.11. Principios rectores de la nulidad en las actuaciones procesales

Couture, señala que al “ser las actuaciones procesales, actos jurídicos realizados dentro del proceso por los agentes que intervienen en él (partes, agentes de la jurisdicción y terceros)”⁶⁴⁹.

En ese sentido, nos señala que los principios rectores de la nulidad procesal son:

1.- Especificidad. Los actos jurídicos procesales solo pueden ser nulos cuando exista una determinación legal que así lo determine, operando el principio procesal de no hay nulidad sin ley⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 652. Resume Alsina las reglas mediante las cuales se pueden concretar los principios que deben considerarse básicos en un régimen procesal, como son los actos inexistentes; la declaración de oficio de la nulidad y las nulidades accesorias serán declaradas a instancia de parte. Estos serán explicados en el siguiente tema, pero que a manera de recordatorio lo anotamos.

⁶⁴⁹ Couture, J. Eduardo, *Los Recursos...*, op. cit., p. 376.

⁶⁵⁰ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 639-641. Hace referencia el autor que por ejemplo en el código de procedimientos frances, cuyo artículo 1030 establece que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley, adoptándose el principio *pas de nullité sans texte* (no hay nulidad sin una disposición de la ley que la establezca), situación que acontece en nuestros códigos procesales. Además, la nulidad no puede pronunciarse sino a instancia de parte, salvo que la ley declare que deba ser pronunciada de oficio, tal como ocurre en materia laboral,

2.- Trascendencia. Las nulidades procesales solo se actualizarán cuando verdaderamente afecten a las defensas de cualquiera de las partes, cuando trasciendan en perjuicio de cualquiera de los contendientes. Ello se deriva de la aplicación del principio “no existe nulidad sin perjuicio”⁶⁵¹.

3.- Convalidación. La nulidad procesal debe impugnarse en tiempo y forma, de no ser así la nulidad se convalida, por lo que se concreta la fórmula “no existe nulidad sin impugnación”⁶⁵².

4.- Protección. Sólo pueden ser invocadas la nulidad de las actuaciones procesales por quien resiente el agravio de la nulidad y no quien contribuyó a ella, teniendo aplicación el principio “no existe nulidad a favor de quien la provocó”⁶⁵³.

Además, existen otros criterios respecto a los principios. Así tenemos lo indicado por Alsina al señalar que:

a) Son inexistentes los actos en los que la omisión o la violación de una formalidad haya impedido su configuración jurídica, aunque ningún perjuicio derive para las partes. La inexistencia no necesita ser declarada y no admite convalidación⁶⁵⁴.

cuando la junta se declara incompetente de oficio y ordena declarar nulo todo lo actuado, con excepción del acto de admisión de la demanda, tal como lo dispone el artículo 706 de la Ley Federal del Trabajo.

⁶⁵¹ En Francia se aplica la regla de *pas de nullité sans grief* (sin perjuicio no hay nulidad). No procede la nulidad por la nulidad misma, debe acreditarse la existencia de un perjuicio, ya que las nulidades procesales sólo proceden cuando existe un interés jurídico lesionado que no puede ser reparado sin la declaración de nulidad.

⁶⁵² Voz “Nulidades Procesales” en *Enciclopedia Jurídica Ameba...*, op. cit., p. 544. Es preciso indicar que los actos relativamente nulos producen igualmente sus efectos normales, reputándose válidos hasta el momento en que se produzca la resolución que los invalide, pero pueden quedar convalidados por el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudica, siendo ésta quien debe impugnarlos ejercitando el remedio legal preestablecido, pues si así no lo hiciera, como se ha dicho, tales vicios o irregularidades quedan jurídicamente subsanados.

⁶⁵³ La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado.

⁶⁵⁴ Voz “Nulidades Procesales” en *Enciclopedia Jurídica Ameba...*, op. cit., p. 541. Se establece en esta obra que la inexistencia constituirá el grado máximo de la nulidad. Sin embargo, en rigor, el acto inexistente no es un acto, por lo que constituye un no acto, un simple hecho material, o si se quiere un acto artificial, aparente. Por consiguiente, se nos da un simple hecho que puede que no puede producir consecuencia ni efecto jurídico alguno, por lo que no puede hablarse de nulidad de un acto que no existe. Para que podamos hablar de un juicio, necesariamente han de darse estos presupuestos mínimos: que haya partes litigantes y un juez que conozca de la causa y decida el conflicto jurídico que las mismas formalmente le han planteado. Pero si la demanda que inicia ese proceso se deduce ante un particular, un funcionario sin reconocimiento de ley o cualquier persona que no invista el carácter de jurisdiccional o si se notifica a una persona distinta al demandado, no existe jurídicamente juicio ni sentencia. Subraya Couture, el acto inexistente no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado.

b) El juez deberá declarar, de oficio o a petición de parte, las nulidades esenciales, entendiéndose por tales las que afecten el derecho de defensa en juicio; pero las partes podrán consolidar el acto, expresa o tácitamente, por la ejecución de un acto posterior válido antes de la declaración de nulidad⁶⁵⁵.

c) Las nulidades accesorias o secundarias serán declaradas a petición de parte, entendiéndose por tales las que priven a éstas de un derecho procesal, pero la nulidad no será procedente si no se acredita la existencia de un perjuicio⁶⁵⁶.

Por tal motivo, podemos considerar que varias son las reglas que norman la nulidad de los actos procesales, lo que podemos resumir bajo las siguientes consideraciones que me parece encierra lo que he venido comentando.

La nulidad no existe de pleno derecho, por lo que si no hay disposición expresa en las leyes y para los casos que comprendan, no puede reconocerse la existencia de nulidades de pleno derecho, porque tales nulidades deben ser declaradas por la autoridad en todos los casos y previo el procedimiento que se marque en la ley adjetiva.

La nulidad de una actuación debe reclamarse en lo subsiguiente, ya que si no lo hace de esa forma corre el riesgo de que consienta la actuación nula, además es voluntario el cumplimiento del acto procesal, ya que de no haber objeciones por las partes a los actos procesales, el cumplimiento voluntario del acto procesal surte sus efectos de ratificación y extingue la nulidad por falta de forma (requisitos que la ley impone a los actos procesales).

⁶⁵⁵ Llámese nulidades absolutas, que en el caso de una notificación que no se realizó en los términos legales a las partes, éstas se podrán dar por enteradas compareciendo a la audiencia para la que fueron notificados, subsanándose la irregularidad.

⁶⁵⁶ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 651. Refiere el tratadista que en este apartado nos encontramos en presencia de la nulidad relativa o anulable, ya que no es una nulidad absoluta, que no desaparece por confirmación ni por prescripción y su existencia puede invocarse por todo interesado.

5.12. La nulidad a instancia de parte

Constituye verdadero principio jurídico el que la nulidad no puede ser invocada por quien constituyó a su celebración. La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado⁶⁵⁷.

La nulidad puede ser alegada por aquella a quien perjudica, pero no por aquella a quien beneficia. Sólo puede ser solicitada por quien resulte afectado por la misma, sin que pueda fundarse en la circunstancia de que se omitió la intervención de otras personas a quien el recurrente considera partes interesadas, puesto que su derecho de defensa no ha quedado afectado por esa omisión, lo que hace que carezca de interés para obtener la nulidad⁶⁵⁸.

Tampoco puede ser invocada por un tercero que no sea parte en el juicio aun cuando sea afectado por éste, o por el que no ha sido parte al momento de ejecutarse el acto impugnado o que sólo es parte en una incidencia.

Cuando la nulidad se funda en la falta de intervención de ciertos funcionarios cuya concurrencia es indispensable para la validez del acto, tienen también ellos personería para alegarla.

5.13. La declaración de nulidad

Para que se pueda declarar la nulidad es imprescindible que exista un acto jurídico viciado, el cual, se apartó o desvió de las formas prescritas en la ley en la ejecución del acto.

Las transgresiones a las formas preordenadas por la norma jurídica, según su mayor o menor gravedad, necesariamente incidirán en la eficacia del acto ejecutado.

⁶⁵⁷ Este aspecto ya lo comente en el tema 5.10 de este capítulo, por lo que a manera de reafirmar lo que se ha dicho vale la pena recordar que la nulidad puede ser alegada por aquel a quien perjudica, pero además puede ser invocada por un tercero que se apersona en juicio cuando resulte afectado por el acto viciado.

⁶⁵⁸ Bazarte Cerdan, Willebaldo, *Los Recursos, la Caducidad...*, op. cit. p. 590. Señala Carnelutti que "un vicio no puede ser opuesto sino por quien puede haber sufrido un daño del mismo, o bien; un acto no puede ser invalidado, sino por aquella de las partes a cuyo interés pueda haber sido nocivo el vicio. Esa parte se puede llamar la parte gravada por el acto, o sea por su eficacia".

Cuanto mayor sea esa desviación o apartamiento respecto de los requisitos impuestos al acto por la ley, mayor ha de ser el grado de ineficacia con que deberá ser sancionado⁶⁵⁹.

Hay razón para señalar, en caso, de que la nulidad afecte a quien le perjudica de qué procede la declaración de nulidad cuando se demuestra la existencia de un perjuicio para la defensa.

La exigencia en la demostración de un interés no rige tratándose de nulidad esencial, que afecten al derecho de defensa, que puede ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional, porque, fundándose en la violación de una garantía constitucional, esta sola circunstancia basta para hacerla procedente⁶⁶⁰.

Quien pide la nulidad de las actuaciones debe indicar cuál es el perjuicio que le han ocasionado, porque no procede la nulidad por la nulidad misma.

Las nulidades procesales sólo proceden cuando existe un interés jurídico lesionado, por lo que es requisito indispensable señalar donde reside siquiera la inexactitud del criterio aplicado, o dónde reside el exceso cometido en el acto que se impugna, por lo que se debe acreditarse la existencia de un perjuicio.

Al respecto señala Garsonnet que los efectos de las nulidades procesales será la supresión del acto nulo, supresión total, si es enteramente nulo o indivisible. Supresión parcial, si no es nulo más que en parte y divisible; así como la pérdida del derecho que este acto tiene como finalidad el conservar, si ya es tarde para rehacerlo útilmente; la prescripción que no se interrumpe más que por la

⁶⁵⁹ Voz "Nulidades Procesales" en *Enciclopedia Jurídica Arriba...*, op. cit., p. 539. Esta obra refiere en este sentido que desde la ausencia total de las formas prescritas que autorice a aplicar el máximo de ineficacia (inexistencia), pasando por las infracciones más graves que lo afectarán radicalmente (nulidad), hasta las más leves desviaciones con menores consecuencias jurídicas para su validez (anulabilidad), se advierte una íntima correspondencia entre la inobservancia de la ley y la correlativa sanción que deberá imponerse.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 542. Precisa la obra que se consulta que la omisión de un elemento sustancial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a declarar la nulidad, aun a falta de sanción expresa. Se ha de consignar que han de entenderse por formas substanciales del procedimiento, como lo indica Lascano, a los requisitos indispensables para que exista litis válida o para que un acto pueda llenar su función; y se denominarán en cambio accidentales o secundarias, a la serie de garantías accesorias que tienen por objeto impedir errores o perjuicios a las partes, pero que no hacen a la esencia del acto.

presentación de la demanda, y la caducidad que puede producirse si el acto debe ser hecho en un cierto plazo y que este plazo haya expirado⁶⁶¹.

5.14. Medios para declarar la nulidad

Los medios de que las partes disponen para obtener la declaración de una nulidad procesal son: el incidente, el recurso, la excepción y la acción de nulidad.

Hemos dicho que la nulidad consiste en el vicio de un acto que obsta a que el mismo produzca su efecto normal, por tanto, el vicio de un acto, admite la existencia de una norma o conjunto de disposiciones legales que lo regulan en cuanto a su forma, independientemente de su contenido o fines⁶⁶².

Por tanto el vicio surge como resultado del apartarse o transgredir las exigencias previstas por la ley adjetiva para la ejecución del acto procesal, por ende, el concepto de forma comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto.

Solo violan las reglas de forma no sólo cuando el acto no está revestido de los requisitos que la ley previene, sino también, cuando en el procedimiento no se ha guardado el orden establecido, cada una de cuyas desviaciones tiene indicado en la ley el camino para su separación⁶⁶³.

En el primer caso, el vicio puede afectarse a la estructura del acto, como una notificación defectuosa, o el orden del procedimiento; en el segundo, puede referirse a la estructura de la sentencia, como la falta de motivación, o bien, al procedimiento proveniente para dictarlas, como la omisión de la citación para la sentencia definitiva.

⁶⁶¹ Bazarte Cerdan, Willebaldo, *Los Recursos, la Caducidad...*, op. cit., p. 609.

⁶⁶² Ibidem, p. 539.

⁶⁶³ Ibidem, p. 540-541. Es de resaltar que si las normas procesales se dirigen principalmente a regular el ejercicio de la función jurisdiccional, surge de tal premisa, que tanto las partes litigantes como el juez o tribunal deben ajustar su conducta procesal a aquellas prescripciones, cuya observancia no puede ser sino irrefragablemente obligatoria. En su virtud, la omisión o apartamiento de las formas prefijadas por la ley para la ejecución del acto procesal, según sea la mayor o menor gravedad de la infracción cometida, producirá consecuencias respecto de su validez.

El incidente, por el contrario, procede cuando es necesario invalidar un acto para quitar eficacia a los actos posteriores que en él se funden, como en el caso de si el domicilio asignado al demandado por el acto fuese falso. Probado el hecho, se anulará todo lo actuado.

5.15. Efectos de la declaración de nulidad

Según se ha dicho, el principal efecto de la nulidad es privar al acto de su eficacia jurídica y, en consecuencia, se tiene el acto como no realizado; por ende, tampoco puede tener validez los actos posteriores que en él se funde, de acuerdo con la máxima romana "*quod nullum est nullum producit effectum*"⁶⁶⁴.

Tratándose de los actos es necesario distinguir tres categorías: los antecedentes, los consecuentes y los independientes.

Estableciendo que la relación procesal se presenta como una sucesión de actos que realizan las partes y el tribunal, cada uno de los cuales tienen como antecedente otro acto y es, a su vez, antecedente del que sigue.

Tratándose de vicios del procedimiento, es decir, por no haberse seguido el orden establecido en la relación de los actos procesales, la nulidad se traduce en la ineficacia de los actos posteriores, que en realidad no son consecuencia de la ejecución de un acto viciado sino de la omisión de un acto requerido para la validez del acto que le sigue.

5.16. Defectos en la constitución de la relación procesal

Para efectos únicamente de completar nuestro estudio y observar que la nulidad se presenta durante el desarrollo de un proceso, por tanto, al momento de integrar la relación procesal, no se está exento de que ésta se forme bajo irregularidades.

⁶⁶⁴ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho...*, op. cit., p. 670. Esta máxima significa "lo que es nulo no produce efecto alguno".

Al respecto Chiovenda indica que para la regular la constitución de una relación procesal, exige el derecho la existencia de determinadas condiciones (presupuestos procesales), y la existencia de un acto constitutivo válido (demanda)⁶⁶⁵.

La falta de un presupuesto procesal o la presencia de un defecto en el acto constitutivo, producen un defecto en la constitución de la relación procesal, lo que ocasiona que el órgano jurisdiccional deba corregirlo de oficio o que solamente la parte pueda hacerlo valer, por lo que estaremos en la esfera del proceso de nulidad y de anulabilidad.

En primer lugar, conviene observar que, aunque el defecto jurídico vicia una relación procesal de tal manera que la hace nula o anulable, no impide la existencia actual de esta relación, siempre que se tenga un órgano jurisdiccional y una demanda dirigida a él, aunque ésta sea nula.

En segundo lugar, debe notarse que la casi totalidad de los motivos de nulidad (y de anulabilidad) de una relación procesal desaparecen al devenir definitivo el resultado de un proceso (sentencia).

La falta de presupuestos procesales y vicios de la demanda acarrearán la nulidad o anulabilidad de una relación procesal, y puede derivarse tanto de la nulidad de la demanda como del defecto de un presupuesto.

La máxima nulidad de un proceso es la nulidad propia del acto constitutivo, esto es, de la demanda. No existe una diferencia sustancial entre las nulidades de la relación procesal, en cuanto se derivan de la demanda o de los presupuestos

⁶⁶⁵ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, segunda edición, Cárdenas editor, México, 1990, p. 111. En alusión a este aspecto este autor señala que "una resolución es, pues, siempre necesaria para que el órgano se vea libre de su obligación; y hasta este momento la relación existe. De lo cual se deduce: que los efectos procesales de la demanda judicial, se producen también en el proceso nulo, y duran hasta que la nulidad sea declarada en el proceso mismo. Que hasta la sentencia con la cual el juez declara la nulidad de la relación procesal, existen partes litigantes".

procesales, ambas causas tienen de común que de ellas deriva la nulidad (o anulabilidad) de la relación procesal⁶⁶⁶.

5.17. Inexistencia, nulidad y anulabilidad

El concepto de acto nulo difiere del de acto inexistente en que mientras éste no requiere un pronunciamiento del órgano jurisdiccional para evitar sus efectos, en aquél es necesario que se declare la nulidad para evitar que los produzca y para hacer desaparecer los producidos.

Tanto la inexistencia⁶⁶⁷ como su relación con la nulidad tienen interés para nuestro trabajo, ya que para la existencia de una relación procesal se exige una demanda y un órgano jurisdiccional a quien sea dirigida.

Para la existencia de una relación procesal necesariamente se requiere de una demanda y un órgano jurisdiccional a quien sea dirigida, por tanto, si se dirige la demanda a un ente o autoridad no competente, la relación existe, pero no hay obligación para proveer, pero si la demanda se dirige a un órgano previsto de jurisdicción especial, pero en materia no atribuida a él por la ley, la relación procesal es nula por defecto de jurisdicción.

Si la demanda no existe, es claro que no existe relación procesal. Si existe, pero no ha sido notificada al demandado, la relación procesal no existe respecto de éste, y sí solo entre actor y juez, en cuanto que el juez tiene, por lo menos, la obligación de proveer declarando que no puede proveer.

Si la demanda se notificó por error a persona distinta de la indicada como demandada en la citación, la relación procesal no existe en cuanto a la persona indicada como demandada, pero no citada.

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 112. Señala Chiovenda que cuando se habla de nulidad y anulabilidad de la relación procesal se tiene en cuenta lo que el juez puede o no hacer en el curso del proceso, o si el juez de hecho omite manifestar las nulidades que debería pronunciar de oficio, estas nulidades se desvanecen ante una sentencia de fondo una vez devenida firme. Sin embargo, de acuerdo a nuestro sistema jurídico mexicano, cabe aún así el juicio de amparo contra violaciones procesales.

⁶⁶⁷ En el tema 5.10. relativo a los principios de las nulidades procesales, hice mención a la inexistencia por lo que su consulta puede darse en ese apartado.

Prácticamente, entre la inexistencia y la nulidad de una relación procesal median diferencias, ya que en el caso de la inexistencia no hay obligación de proveer, por consiguiente, no puede hablarse de sanciones penales o civiles por el incumplimiento.

Una resolución emitida por quien no tiene potestad para juzgar no produce ningún efecto, en cambio si carece de motivación o fundamentación sería nula, pero subsiste mientras no se declare su nulidad y puede pasar en autoridad de cosa juzgada si una vez notificada no se reclama en tiempo⁶⁶⁸.

En caso de inexistencia no nace la excepción de litispendencia⁶⁶⁹. En cambio, en caso de nulidad es indispensable que ésta sea declarada por el juez, ya que de momento existirá litispendencia, salvo que la nulidad se haga consistir en el defecto por competencia.

Un defecto en la relación procesal debe ponerse de manifiesto de oficio por el juez (nulidad) o bien, que no pueda pronunciarse sino a instancia de parte (anulabilidad)⁶⁷⁰.

Cuando se trata de la nulidad de la relación procesal, por defecto de un presupuesto, el defecto se refleja en actos que aún están por realizarse, y el órgano jurisdiccional que pronuncia la nulidad no de actos determinados, sino de la relación procesal, declara no poder realizar actos posteriores en aquel proceso.

Como ya explique en temas anteriores y que se contemplan en este mismo capítulo, realizado un acto jurídico en una relación procesal nula o anulable, la

⁶⁶⁸ Tal como acontece con el juicio de amparo. En materia laboral un laudo que no sea combatido mediante el juicio de garantías queda firme.

⁶⁶⁹ Voz "Litispendencia", en *Diccionarios Jurídicos...*, op. cit. p. 123. Se define la litispendencia como aquel supuesto en que el litigio ha sido presentado ante un órgano jurisdiccional y no ha sido resuelto por sentencia ejecutoria, es el litigio pendiente de resolución por el juzgador. Cuando un litigio está pendiente de solución no puede ser objeto de conocimiento en otro proceso por el mismo o diverso juzgador, porque se podrían dictar sentencias contradictorias.

⁶⁷⁰ Aspectos que han sido tratados en los temas del 5.7. al 5.14., únicamente a manera de recordatorio indicaremos que la nulidad relativa es anulable a petición de la parte afectada, a quien le causa un perjuicio, y la nulidad de pleno derecho o absoluta puede ser invocada por todo interesado.

nulidad puede hacerse valer, sino ha sido subsanada, con los remedios procesales admitidos por la ley para impugnarlo⁶⁷¹.

Por tanto, la anulabilidad, como ha sido señalado es la que con más frecuencia se presenta en materia procesal, desde la demanda que abre la instancia jurisdiccional e incoa materialmente el litigio hasta la sentencia que lo decide, por ende, los actos procesales que se van realizando en orden gradual y consecutivo pueden acusar desviaciones o apartarse de las formas que la ley adjetiva les ha impuesto para su ejecución⁶⁷².

5.18. La Nulidad en el remedio cautelar laboral

Es necesario, para un adecuado trámite de las medidas cautelares, que se adecue la legislación laboral para dar paso a un verdadero proceso cautelar, donde se integre un procedimiento eficiente que contemple la nulidad por falta de acreditación de los prepuestos de las medidas cautelares, misma que se podrá combatir por medio del incidente de oposición⁶⁷³.

En el presente apartado determinaré la justificación del incidente de oposición que se plantea para las medidas cautelares en materia laboral, no sólo para modificarlas, alzarlas o mantenerlas, sino, asimismo, para anularlas⁶⁷⁴.

Para justificar porqué el incidente de oposición tendría, entre otros efectos, el anular las medidas cautelares, sin pensar en el incidente de nulidad, la razón es por la naturaleza de éste⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ Voz "Nulidades Procesales" en *Enciclopedia Jurídica Ameba...*, op. cit., p. 542. En este sentido, dicha obra indica que se trata de errores en el proceso ocurridos la sustanciación o decisión del proceso, pudiendo ocasionar perjuicios a los litigantes. Tales actos a pesar de estar viciados, conservan su eficacia y producen normalmente sus efectos si no se les impugna, para que se declare su invalidez, por lo que el resultado será la anulación del acto.

⁶⁷² Idem. Precisa la obra jurídica que las infracciones al Derecho formal para que puedan ser sancionadas de nulidad requieren la correspondiente petición de parte y nunca su declaración de oficio, por lo que el silencio o el consentimiento de la misma que implicaría la no impugnación en su debido tiempo trae como consecuencia la subsanación de esos vicios; es decir, que dicha nulidad queda convalidada.

⁶⁷³ Recordemos que en el capítulo primero al tratar lo relativo a la oposición de las medidas cautelares en el sistema jurídico español señalábamos su importancia para que un futuro demandado se inconformará en contra de las medidas que se adoptaron sin su citación, cosa que ocurre en materia laboral, donde no se le cita al futuro demandado, por tanto las consideraciones que se hicieron al respecto sobre este incidente lo podemos consultar en el tema denominado "De la Oposición a las Medidas Cautelares de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española".

⁶⁷⁴ Hice referencia a este incidente de oposición en el capítulo cuatro relativo al tema 4.19. "El Nuevo Procedimiento Cautelar Laboral. El Incidente de Oposición".

En efecto, el incidente de nulidad es una forma procesal que puede derivar en la declaración de nulidad de un determinado acto, si el proceso se inicia con una notificación mal hecha, pero si llega a dictarse un laudo que cause ejecutoria, impediría el planteamiento de una cuestión de nulidad.

De todas formas, el interesado tendría como medio de impugnación, el amparo indirecto, invocando ser persona extraña al juicio por no haber sido debidamente notificada y emplazada.

Los incidentes de nulidad, como se señaló tienen por objeto que se declare la invalidez de una actuación, y éstas por regla general son por defecto de competencia, actuación en día inhábil, falta de formalidades en una actuación, actuación fuera de término, siendo la más común el defecto en la notificación.

Es de señalar que en materia laboral, los efectos de nulidad consistirán en la declaración de ineficacia de la actuación y de sus consecuencias directas, debiendo aclarar que una actuación nula no afecta a otras posteriores si éstas tienen consecuencias autónomas, por ejemplo la falta de citación a un testigo podrá provocar la nulidad de la declaración de deserción de la prueba, pero no tendrá efectos sobre una prueba confesional hecha con posterioridad.

En la Ley laboral se prevé una regla con relación a las notificaciones mal practicadas u omitidas, ya que el artículo 764 establece que si una persona se manifiesta sabedora de una resolución, y consta en autos, la notificación mal hecha u omitida surtirá sus efectos como si estuviese hecha conforme a la ley.

Pero lo interesante de este incidente de nulidad es que, de acuerdo a su naturaleza, se trata de un incidente de previo y especial pronunciamiento, esto es,

⁶⁷⁵ Situación que explique en el Capítulo Cuatro relativo a los incidentes.

suspende el procedimiento en lo principal hasta en tanto se resuelva. Lo anterior de acuerdo a los artículos 762, fracción, I y 763 de la Ley Federal del Trabajo.⁶⁷⁶

Por ello, no puede ser una alternativa de defensa a favor de la persona contra quien se solicitó la medida, puesto que perjudicaría al trabajador y propiciaría que el proceso cautelar no lograra su finalidad⁶⁷⁷.

Si se pensara como medio de impugnación el incidente de nulidad, considero que no es el medio idóneo, ya que no estaría acorde a la naturaleza del proceso cautelar, el cual facilita el desarrollo normal del proceso mixto⁶⁷⁸. Otro motivo en contra del incidente de nulidad como medio de impugnación a las medidas cautelares es que el presidente es quien lo resolvería, además de ser quien autorizaría éstas, siendo, por tanto, emisor y revisor.

Además, el proceso cautelar laboral, como pretendo estructurarlo con esta investigación, es que ante la tardanza del proceso ordinario o especial en materia laboral, el cual no se desarrolla en un corto lapso de tiempo, implica que se brinde una justicia pronta y sin demoras, permitiendo incluso en dicho proceso cautelar poder dar a las juntas de conciliación elementos suficientes, para determinar en el juicio principal la procedencia o no de las acciones de los trabajadores⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ Es importante recordar que no se trata de paralizar el procedimiento, sino de poder demostrarle a la autoridad, mediante un procedimiento en el cual se escuche a la parte afectada, que no se observaron por parte del presidente de la junta los requisitos de las medidas cautelares para su adopción. Cabe mencionar, que tomaremos algunos aspectos de las nulidades para este incidente de oposición, como es, el que la parte quien se sienta afectada con la medida sólo lo pueda promover.

⁶⁷⁷ En este sentido, se perjudica al trabajador, ya que con motivo del incidente de nulidad se suspendería el procedimiento cautelar que se propone, por tratarse de un incidentes de previo y especial pronunciamiento, esto desde luego, sin perjuicio de que se promueva la demanda principal por prestaciones, pero como mencione en el tema 4.19. el contar con un nuevo incidente permitiría que se integre un verdadero proceso cautelar.

⁶⁷⁸ Recordemos que el proceso laboral, el cual es tanto declarativo como ejecutivo, ya que declara la procedencia de las prestaciones favorables a los trabajadores como en caso de incumplimiento voluntario por parte de los patrones se ordena despachar auto de requerimiento o en su caso de embargo.

⁶⁷⁹ Es posible este argumento, toda vez, que si un trabajador demanda a cierta persona física o moral, y esta ante la medida cautelar que se adoptó en su contra, se opone argumentando entre otras circunstancias que el trabajador no fue su empleado, puede darse a la junta elementos probatorios que ayudarían en el juicio principal, además, con esas manifestaciones se evita que se mantenga la medida cautelar autorizada, no obstante que se determine que si se observaron los presupuestos de ésta; podrían incluso, disminuir los conflictos laborales, permitiendo dar una solución más rápida, y no esperar de tres a seis meses a emitir una resolución en donde se compruebe la afirmación vertida sobre inexistencia de relación laboral.

En tal virtud, es necesario que se cuente con un remedio procesal adecuado a las medidas cautelares. Dicho remedio daría cómo resultado, alzarlas, modificarlas, mantenerlas y anularlas.

En este contexto, ya quedó precisado al tratar la nulidad⁶⁸⁰, sus alcances y efectos de esta figura pero, sobre todo, quedó establecido que la nulidad procesal es la ineficacia en que se hayan afectados los actos procesales, en razón de que los mismos han sido realizados sin cumplir con los requisitos o formas legales establecidas para su validez, ante ello, puede ser la nulidad una consecuencia en las medidas cautelares que se decreten sin observar sus requisitos para su adopción.

Quedan, pues, tales actos procesales afectados de nulidad, pudiendo dejar de producir sus efectos propios si se declaran nulos, ya que de lo contrario podrían convalidarse. Por tal motivo, el incidente de oposición podrá combatir las medidas cautelares que se haya adoptado sin haberse observado los presupuestos de las medidas cautelares (peligro planteado en la demanda y la apariencia de buen derecho) y en su caso poder anularlas.

Lo anterior, en virtud de que la nulidad castiga el vicio de un acto, por falta de observancia a la norma jurídica que regula su forma⁶⁸¹. Ante ello, el incidente de oposición daría integridad al proceso cautelar laboral, ya que como hemos visto en el desarrollo de esta investigación, no existe un verdadero remedio procesal en materia laboral que combata las medidas cautelares por parte de la persona contra quien se adoptaron.

5.19. Efectos de la resolución en el incidente de oposición

Como se observa, la falta de presupuesto de las medidas cautelares trae como sanción la nulidad, misma que se decretará a través del incidente de oposición.

⁶⁸⁰ En los temas 5.2.3., 5.3., y 5.5. en delante; además en el capítulo cuatro en el tema 4.8., donde se puede abundar sobre sus alcances y efectos.

⁶⁸¹ Voz "Nulidades Procesales", en *Enciclopedia Jurídica Omeba...*, op. cit., p. 539. Señala esta obra que el vicio no puede sino resultar del apartamiento o transgresión de esas exigencias presupuestas por la ley para la ejecución de ese acto.

Ahora bien, con el remedio procesal que se propone, otros de los efectos que provocaría el incidente de oposición es el alzamiento de la medida cautelar adoptada; consecuencia, que provocaría también la nulidad por falta de presupuestos de las medidas cautelares.

La nulidad, como ha quedado establecido, es la ineficacia del acto, originario en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos.

Lo que implica que, a falta de los elementos presupuestos de las medidas cautelares, traerá como consecuencia la nulidad establecida por la norma.

Otro de los efectos que acarrearía el incidente de oposición sería que se revocaran las medidas solicitadas por el trabajador, si éste llega a abandonar el juicio principal sin causa justificada ante la junta, o bien, que no cumpla con algún requerimiento que le haga la junta para que subsane alguna irregularidad en su demanda.

Por ende la revocación de un acto procesal consistirá en que una parte deja sin efecto ese acto⁶⁸².

Por tal motivo, la nulidad derivará tanto de la ley laboral como del incidente de oposición, por falta o defecto en la adopción de las medidas cautelares al no observarse los presupuestos de éstas.

En cambio, la revocación, no obstante reunir los requisitos de adopción de las medidas cautelares derivará de la caducidad que contempla la ley laboral en sus artículos 771 al 773 de la Ley Federal del Trabajo, contemplándose también el desistimiento tácito.

⁶⁸² Voz, "Nulidades de los Actos Jurídicos", *Enciclopedia jurídica Omeba...*, op. cit., p. 458. La cita a este tema refiere que hay actos válidos, sin vicios constitutivos, mientras que en la anulación del acto jurídico se está ante uno viciado.

Por otra parte, las medidas cautelares podrán ser modificadas cuando se prueben hechos y circunstancias que no se pudieron tener en cuenta al tiempo de su concesión, o dentro del plazo para oponerse a ellas.

En el mismo tenor, al sustanciarse el incidente de oposición, podrá comprobarse el exceso o defecto en su ejecución, pudiéndose modificar la medida autorizada.

Al establecer que las medidas cautelares podrán alzarse, implica que al ser declaradas nulas, deberán alzarse, es decir quitar al afectación decretada por la autoridad laboral, dejándose libre de toda seguridad cautelar, tanto los bienes como las personas⁶⁸³.

También opera el alzamiento de las medidas cautelares en la revocación, así como también cuando el demandado haya sido absuelto en el proceso de cognición (mediante el laudo), de las prestaciones que le fueron reclamadas por parte del trabajador, y constituyeron el motivo de las medidas cautelares.

Cabe indicar, que con independencia de los motivos que se tuvieran jurídicamente hablando para alzar las medidas cautelares, el trabajador cuenta con el juicio de amparo para impugnar los actos de la junta de conciliación.

Otro supuesto en que se ordenará el alzamiento de las medidas cautelares que se autoricen, será cuando el patrón otorgue garantía suficiente a criterio del Presidente, que implique las medidas cautelares no tendrían razón de adoptarse, puesto que se garantiza la pretensión del actor.

De igual forma, el alzamiento de las medidas cautelares sería posible mediante el incidente de oposición en tratándose de terceros, operando así el principio de la inoponibilidad de los actos jurídicos, mismo que puede resultar al

⁶⁸³ Voz " Embargo" *Diccionario jurídico Omeba*.... op. cit., p. 1249, "El embargo es una afectación sobre un bien o un conjunto de bienes, en cuanto somete dicho bien o bienes, a la resultas de un proceso pendiente (embargo cautelar)....".

momento de practicarse la diligencia sobre medidas cautelares, verificándose en los bienes o personas ajenas a las partes.

Lo anterior obedece a que un acto procesal puede ser perfecto, por colmar los elementos esenciales, y no obstante resulte ineficaz frente a determinadas personas, por serle inoponible a éstas⁶⁸⁴.

Si bien se trata de una figura de ineficacia para el derecho sustantivo, resulta interesante adoptarla para el derecho adjetivo, puesto que el plantearse el incidente de oposición, validamente podrá comparecer un tercero acreditando su interés jurídico en términos del artículo 690 de la ley laboral y por tal motivo será imprescriptible⁶⁸⁵.

Además, de no ser por el incidente de oposición podría resultar que se mantengan las medidas cautelares en su estado hasta que se dicte el laudo.

El incidente de oposición no únicamente trae como efectos la nulidad, sino que también el modificar las medidas cautelares autorizadas, atendiendo al principio *rebus sic stantibus*, ya que durante el proceso puede alterarse el estado de las cosas, por la natural dinámica evolutiva del proceso declarativo o ejecutivo, por lo que señala Fiaren que “el cautelar debe evolucionar a aquel estado de cosas que no han dejado de existir, pasándose a otro y a otra medida de mayor o menor intensidad (las adecuadas) de la anterior”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Ponencia presentada por el Maestro en Derecho Fernando Arreola Vega, Magistrado de la Quinta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, en el XXV Congreso Nacional del Tribunal Superior de Justicia, Chihuahua, Chih., Octubre del 2001. Precisa el Maestro que la inoponibilidad, bajo este contexto, se considera dentro de la doctrina, como una forma específica de ineficacia, que no anula el acto, pero que si lo priva de consecuencias frente a quienes pueden prevalecer de ella. Agrega, que por citar a algunos tratadistas, Von Tour, Cariota Ferrera, Messineo, Bastián (dentro de la doctrina extranjera), Fuentes García, Aguilar carvajal, Márquez González (dentro de la doctrina mexicana), en esencia sostienen que la inoponibilidad equivale a la ineficacia de un acto o negocio jurídico con relación a terceros, generalmente por no haberse satisfecho la publicidad registral exigida por la ley; pero también, entre otros posibles supuestos, porque alguna de las partes carezca de poder de disposición, de legitimación para contratar o porque hubiere obrado en fraude de acreedores, en cualquiera de cuyos casos operará la inoponibilidad correspondiente con relación al tercero que la reclame.

⁶⁸⁵ Cuantas veces observamos que se afectan a personas ajenas a una controversia en sus bienes o su persona, y tienen que esperar hasta que se presenta un remate para promover alguna tercería o recurso previsto en la ley adjetiva para combatir una orden jurisdiccional, por lo que si se va a causar una molestia ésta será breve con motivo al incidente de oposición. Además el promover una tercería, de acuerdo a la ley laboral, ésta únicamente procede en casos de embargos y no de secuestros provisionales.

⁶⁸⁶ Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho...*, op. cit., p. 44.

Una vez acordadas las medidas cautelares, se tendrá como medio de defensa el incidente de oposición, el cual se ventilaría de acuerdo al procedimiento que motive mi propuesta de una reforma a la Ley Federal del Trabajo⁶⁸⁷.

Así, para la adopción de las providencias solicitadas se deberán rendir las pruebas por parte del peticionario, las cuales se desahogarán en el procedimiento incidental que se propone. Para tal efecto, quien promueve el incidente de oposición también ofrecerá pruebas, las que se desahogarán una vez que hayan sido admitidas por la autoridad que conoce, cuya valoración deberá ser colegiada, esto es, observar lo establecido por el artículo 620, fracción II, de la legislación laboral.

Al momento de solicitar la providencia y acompañar pruebas, se estaría justificando, no demostrando, la necesidad, por lo que al equipararse al proceso ejecutivo, traería aparejada ejecución dicha necesidad, lo que hace que se secuestren bienes al momento de emplazamiento, o bien, ya iniciado el proceso de cognición, los cuales, en ambos casos, se ventilarán por cuenta separada, sin suspensión del proceso de cognición.

También deberá suprimirse del artículo 849 de la Ley laboral, que la revisión se lleve a cabo contra los presidentes de las juntas respecto de las medidas cautelares, dadas las razones que se vertieron⁶⁸⁸, así como que el artículo 850 no debe contemplarse para las providencias cautelares, debiéndose asimismo reformar.

La necesidad de justificar las providencias no corresponde a los presidentes que las decretan sino al peticionario, por ende, resulta innecesario promover una revisión contra sus actos.

Por tal motivo, el incidente de oposición es un medio de defensa que, entre otros efectos, no observa los presupuestos de las medidas cautelares y trae como

⁶⁸⁷ Incluyéndose en el capítulo XV relativo a las medidas cautelares, para ello, el artículo 864 se adecuaría como quedó señalado.

⁶⁸⁸ Aspectos que fueron abordados en los temas 4.18. y 4.19., del capítulo cuatro.

consecuencia la nulidad, misma que se convalidaría si no se ejercita el incidente, por lo que puede confirmarse la nulidad por preclusión.

La junta resolvería anular y alzar las medidas acordadas, o bien, modificarlas o mantenerlas, una vez llevado el procedimiento que se propone reformando al artículo 864 de la ley laboral⁶⁸⁹.

Recuérdese que la Ley laboral no brinda una interpretación clara al proceso cautelar ya que, al momento de solicitarse las providencias cautelares, para el caso del secuestro, el artículo 861, en su fracción I, señala que el solicitante rendirá pruebas y el presidente, en la fracción II, en base a las circunstancias (hechos) y las pruebas rendidas (no desahogadas), dentro de las veinticuatro horas siguientes en que le fueron solicitadas, podrá decretar el secuestro provisional⁶⁹⁰.

Este término de veinticuatro horas que plantea la ley resulta demasiado breve, puesto que en ese tiempo el presidente no cuenta con elementos suficientes para analizar si se acreditan los presupuestos de las medidas cautelares; aún así, el término de tres días que se propone resulta insuficiente, sin embargo, consideró que puede ser necesario para que el presidente tenga elementos suficientes para fundar su determinación.

Por tal motivo, el incidente de oposición es una necesidad real, actual, tomando en consideración lo expuesto a lo largo del presente trabajo, el cual, constituirá un medio a través del cual se podrían, entre otros efectos, anular las medidas cautelares adoptadas.

5.20. El beneficio social respecto a las medidas cautelares en el ámbito laboral.

Una nueva cultura laboral no sólo implica reformar nuestra legislación laboral, sino que quienes intervienen en la relación laboral muestren disposición a observar la

⁶⁸⁹ Tratado en el tema 4.19., del capítulo cuatro.

⁶⁹⁰ Al respecto se hicieron consideraciones al respecto en el capítulo tres en el tema 3.12., y en el capítulo cuatro en tema 4.19.

obligatoriedad de la norma, además de fomentar la sana relación, sin que se den abusos de ambas partes.

Señala al respecto José Dávalos que la eterna lucha de clases, que algunos pretenden ignorar en aras de una productividad y de un modernismo mal entendidos, pasando por alto siglos de sufrimiento de la clase trabajadora, se presenta en toda su magnitud en las disposiciones que han asumido los factores de la producción, frente a la posibilidad de que se modifique el marco legal de las relaciones de trabajo⁶⁹¹.

La cultura laboral debe siempre prevalecer sobre intereses de grupo, llámese empresarios o sindicatos, esto es, que no se esté a caprichos de un sector o prebendas de carácter político; por tanto, la actividad laboral ha recibido los más distintos tratamientos; unas veces se le encumbra y se le llena de honores, pero otras se le desprecia y se pretende negar injustificadamente su alcance y su significado⁶⁹².

El nuevo derecho procesal del trabajo resulta de gran importancia para los fines de alcanzar una justicia laboral, donde exista una verdadera tutela judicial efectiva⁶⁹³, además, de que las autoridades del trabajo cuenten con elementos probatorios suficientes para evitar retardar los procedimientos, por lo que las medidas cautelares bien podrían ser factor de equidad entre trabajadores y patrones.

Es esta la importancia, cuyo contenido es de beneficio social, como lo señaló Jose Dávalos, én donde el Artículo 123 de la Constitución sirvió para su tiempo y para muchos años más; su sólida estructura le permitió soportar los embates de su tiempo. Un precepto de los trabajadores para los trabajadores⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ Dávalos, José, *Tópicos Laborales...*, p. 644.

⁶⁹² Ibidem, p. 637. Por tal motivo, es necesario que exista una verdadera corresponsabilidad entre los actores de una relación de trabajo, donde se compartan los beneficios y perjuicios de conductas que son un importante factor de desarrollo en la sociedad. Ante ello, se requiere que desde la observancia de la ley, se respeten los derechos de trabajadores y patrones, como se cumplan las obligaciones a las cuales se responsabilizaron las partes a los ojos del Derecho Laboral.

⁶⁹³ Aspecto que se trató en el capítulo primero relativo al tema 1.4., sobre el "objeto de las medidas cautelares".

⁶⁹⁴ Dávalos, José, *Tópicos Laborales...*, p. 640.

El Artículo 123 de nuestra Carta Magna ha sido paulatinamente superado por nuevos hechos sociales que no se tenían previstos por la norma, por lo que se requiere que sus leyes reglamentarias se actualicen, llevando a cabo reformas que insentiven el mercado nacional, pero que brinden seguridad y certeza a las relaciones obrero-patronales ⁶⁹⁵.

Es necesario, pues, que se haga un estudio profundo al ordenamiento jurídico laboral, respecto de todas las relaciones laborales que nacen día con día, y que tienen su sustento en el Artículo 123 de nuestra Constitución Política, con el fin de reunirlos.

Se requiere, entonces e impostegablemente, de actualizar la Constitución, dando lugar a la reforma a la Ley Federal del Trabajo, y con ello garantizar el mínimo de derechos de los trabajadores, contando para ello con un proceso cautelar laboral que facilite de manera pronta y expedita de la tutela judicial efectiva.

Ante ello, es necesario que la Ley Federal del Trabajo adopte el concepto de medida cautelar, dando lugar a la identificación de las características y definición de los presupuestos de las medidas cautelares.

Esto permitirá, que la sociedad no se vea afectada, sobre todo que las fuentes de empleo no cierren sus puertas y dejen desprotegidas a las familias que dependen de ellas.

Esto da lugar, más que nada al hecho de que ante una mala adopción de medidas cautelares, puede ocasionar que los patrones evadan una presunta responsabilidad, ya que el embargo o secuestro provisional de bienes, ocasiona que cambien el giro comercial, razón social o sustitución de patrones.

⁶⁹⁵ Idem. Indica el autor que “algunas instituciones han perdido vigor, otras resultan obsoletas, y no han sido recogidos los nuevos hechos que deberían estar presentes en un sistema constitucional coherente y vigoroso”.

Si bien las medidas que se adopten ante el acreditamiento de los presupuestos procesales, permite que se aseguren bienes de manera provisional, también puede facilitar que los patrones cuenten con un procedimiento rápido para dar solución efectiva al conflicto laboral que se ventila, el cual bien puede ser un medio de solución de problemas laborales.

Contar con un proceso cautelar laboral debidamente estructurado, propiciaría un mejor tratamiento, no sólo a los solicitantes, sino también a la parte contra quien se autorizan las medidas cautelares, lo cual da garantía de certeza las partes, y sobre todo a la sociedad, evitando arrastrar con juicios que carguen de trabajo a las instancias laborales.

Lo anterior desde luego al contarse con el incidente de oposición como remedio procesal en contra las medidas cautelares que se autorizaron en contra de un patrón y por ende, se contemple la nulidad como sanción a las medidas cautelares laborales que se hubiesen autorizado sin observar los presupuestos de las medidas cautelares.

Como pudimos observar, el aviso de rescisión de la relación laboral por causas imputables al trabajador, es un buen ejemplo de lo que pueden hacer las medidas cautelares con procedimientos que existen en la ley y que resultan poco confiables, como es el propio aviso de rescisión, el cual se puede regular bajo las características y presupuestos de las medidas cautelares.

5.21. Conclusiones

Otro de los efectos que deben tenerse presentes y que no puede ser excluido en las medidas cautelares, es el relativo a la nulidad, sanción que se aplica a todos aquellos actos jurídicos que no cumplan con las formas que establece la ley, para lo cual, explique como surge esta sanción partiendo de los hechos y concluyendo con los actos jurídicos.

Es necesario, para un adecuado trámite de las medidas cautelares, que se adecue la legislación laboral para dar paso a un verdadero proceso cautelar, donde se integre un procedimiento eficiente que contemple la nulidad por falta de acreditación de los presupuestos de las medidas cautelares, misma que se podrá combatir por medio del incidente de oposición.

Para justificar porqué el incidente de oposición tendría, entre otros efectos, el anular las medidas cautelares, sin pensar en el incidente de nulidad, la razón es por la naturaleza de éste. En efecto, el incidente de nulidad es una forma procesal que puede derivar en la declaración de nulidad de un determinado acto, si el proceso se inicia con una notificación mal hecha, pero si llega a dictarse un laudo que cause ejecutoria, impediría el planteamiento de una cuestión de nulidad.

El incidente de nulidad es que, de acuerdo a su naturaleza, se trata de un incidente de previo y especial pronunciamiento, esto es, suspende el procedimiento en lo principal hasta en tanto se resuelva

El proceso cautelar laboral, como pretendo estructurarlo con esta investigación, es que ante la tardanza del proceso ordinario o especial en materia laboral, el cual no se desarrolla en un corto lapso de tiempo, implica que se brinde una justicia pronta y sin demoras, permitiendo incluso en dicho proceso cautelar poder dar a las juntas de conciliación elementos suficientes, para determinar en el juicio principal la procedencia o no de las acciones de los trabajadores.

En tal virtud, es necesario que se cuente con un remedio procesal adecuado a las medidas cautelares. Dicho remedio daría cómo resultado, alzarlas, modificarlas, mantenerlas y anularlas.

El incidente de oposición podrá combatir las medidas cautelares que se haya adoptado sin haberse observado los presupuestos de las medidas cautelares (peligro planteado en la demanda y la apariencia de buen derecho) y en su caso poder

anularlas. Lo anterior, en virtud de que la nulidad castiga el vicio de un acto, por falta de observancia a la norma jurídica que regula su forma.

Ante ello, el incidente de oposición daría integridad al proceso cautelar laboral, ya que como hemos visto en el desarrollo de esta investigación, no existe un verdadero remedio procesal en materia laboral que combata las medidas cautelares por parte de la persona contra quien se adoptaron.

La nulidad derivará tanto de la ley laboral como del incidente de oposición, por falta o defecto en la adopción de las medidas cautelares al no observarse los presupuestos de éstas.

Por otra parte, las medidas cautelares podrán ser modificadas cuando se prueben hechos y circunstancias que no se pudieron tener en cuenta al tiempo de su concesión, o dentro del plazo para oponerse a ellas. En el mismo tenor, al sustanciarse el incidente de oposición, podrá comprobarse el exceso o defecto en su ejecución, pudiéndose modificar la medida autorizada.

CONCLUSIONES

Podemos señalar y sólo para los fines de precisión y conclusión final de cada capítulo y la importancia del presente trabajo de investigación que el concepto de las medidas cautelares, aunado a su origen y denominación, nuestros códigos adjetivos utilizan términos distintos al que se utiliza por la teoría general del proceso, tal fue el caso del Código de Comercio que las llama providencias precautorias, mismo término que utiliza nuestro Código estatal, o bien, el Código Federal de Procedimientos Civiles que las denomina medidas precautorias, y dentro de la ley laboral las llama providencias cautelares, por ende la necesidad de que se uniforme el concepto en la Ley Federal del Trabajo acorde a la teoría general del proceso.

Las acciones cautelares al proteger de manera temporal y hasta que se dicte resolución, las personas, bienes y los derechos en el proceso de conocimiento, una vez que se acredita el peligro por la demora y la apariencia de buen derecho, ordenar el aseguramiento del presunto derecho del actor atendiendo desde luego a los presupuestos que son indispensables para la adopción de medidas cautelares.

Para desarrollar un verdadero proceso cautelar laboral, es indispensable que también se traten de manera clara las características de las medidas cautelares explicando y su definición, por lo que tenemos que la Jurisdiccionalidad la tiene el órgano jurisdiccional para conocer y resolver sobre la adopción de la medida cautelar; la dispositividad en que sólo a instancia de parte se podrá conocer sobre las medidas cautelares y no de oficio; la instrumentalidad, que facilita los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; la Provisionalidad y Temporalidad, en que para levantar la medida se requiere que se presente alguna de las formas anormales que extingan la pretensión o bien el reconocimiento de ésta, por lo que su duración será hasta la efectividad del derecho y la inaudita parte en que las medidas se ordenan sin oír previamente a la parte contraria.

Resulta de gran impacto que conocidas las características y presupuestos de las medidas cautelares, se observe que estamos lejos de contar con un verdadero tratamiento a las medidas cautelares en materia laboral, ya que las mismas no se encuentran debidamente reguladas en la Ley Federal del Trabajo lo que ocasiona, desde su denominación, confusión a las autoridades del trabajo, por falta de una clara explicación de los presupuestos y características, y por ende de un procedimiento eficaz, aunado además de la poca producción jurisprudencial en materia cautelar.

En el capítulo segundo, el determinar la naturaleza de la Ley Federal del Trabajo, comenzando por los antecedentes históricos de las garantías sociales en Francia, país que se considera cuna del Derecho del Trabajo, para con ello, dar paso al análisis histórico en México de la evolución de la legislación laboral, donde fue determinante el reconocimiento del derecho de justicia social en el Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando pasó a la creación de la Ley Federal del Trabajo de 1931 y de ahí con la inclusión de su aspecto procesal con la Ley de 1970, y sus últimas reformas procesales de 1980.

Al analizar el capítulo tercero y como se apuntó de manera oportuna, el comprender como se desenvuelve el proceso desde su concepción doctrinal hasta su desarrollo en la materia laboral, nos permite entender como se aplican las medidas cautelares dentro del mismo, de ahí el interés de que la Ley Federal del Trabajo cuente con un proceso cautelar que contemple debidamente un procedimiento.

El establecer que el derecho procesal del trabajo como cualquier otra rama del derecho se integra de principios procesales, los cuales vienen a resultar la base o fundamento en que se apoyan las instituciones en el proceso, tenemos la publicidad, la oralidad, intermediación, el dispositivo, el inquisitivo, de concentración, de imparcialidad, de congruencia, de economía procesal, de gratuidad, el contradictorio y sencillo, esto es falto de formalismos en el procedimiento.

El proceso resulta ser el único medio, pacífico e imparcial para resolver conflictos de intereses, cuando han sido vulneradas normas de carácter público, lo que obliga acudir a la jurisdicción para que, por medio de sus órganos, se resuelva dicho conflicto, mismo que atañe a la sociedad, pues se ponen en entredicho los valores de tranquilidad, paz y seguridad.

El proceso es el instrumento a través del cual las partes ejercitan su derecho a la acción. Se trata de una sucesión de actos en los que las partes en contradicción, alegan los hechos y producen la prueba de las alegaciones, introduciendo argumentaciones jurídicas para que el órgano jurisdiccional pueda dictar, lo más inmediato posible, una sentencia justa.

La demora de los procedimientos laborales, implica que el procedimiento cautelar sea una herramienta procesal importante en la celeridad del proceso del trabajo, sobre todo, ante los riesgos que implica la prolongación de los citados procedimientos propiciando que un derecho reconocido por la ley no pueda ser ejecutado, implicando que se dificulte la efectividad del laudo.

El proceso cautelar laboral permite asegurar provisionalmente un futuro laudo favorable al trabajador, por ello, el procedimiento cautelar que habrá de desplegarse bajo las mismas fases de todo procedimiento, como es la introducción, instrucción y decisión.

El objeto de las medidas cautelares en materia laboral tienen como fin garantizar un derecho incierto relativo a las pretensiones del actor, donde se acrediten los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro por la demora; sin embargo, consideró que el trámite actual que prevé la Ley Federal del Trabajo resulta demasiado complejo y confuso, por el desorden que existe entre la solicitud de las medidas, su otorgamiento y su oposición por parte de la persona contra quien se adoptaron las medidas.

La oposición a las medidas se traduce en una resistencia de la parte afectada, para intervenir en el procedimiento cautelar y alegar lo que en derecho corresponda. Por ende, este procedimiento corresponde al de los incidentes en general.

La Ley Federal del Trabajo prevé en su artículo 857 dos casos en los cuales puede decretarse la providencia cautelar, que es el arraigo, cuando exista temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y el secuestro provisional, que es cuando se presenta la necesidad de asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento, ante el riesgo de insolvencia.

El acreditar los presupuestos que llegue a contemplar la Ley Federal del Trabajo, sobre la apariencia del buen derecho y el peligro de la demora, permitirá agilizar el proceso laboral, toda vez, que la parte patronal buscará una solución al conflicto de que se trate, además se dará certidumbre y seguridad a la adopción de las medidas.

Encontramos en la Ley laboral que no existe una debida regulación a su procedimiento, en virtud de que existe una dispersión de normas y de supuestos jurídicos que deben observarse para la impugnación por parte de quien fue afectado con la adopción de medidas cautelares.

El proceso cautelar laboral, como se encuentra actualmente, representa una situación muy compleja, tanto en su trámite incidental (siendo una vía sumaria para resolver sobre la adopción de medidas cautelares y su oposición), como en que no se precisan sus características y la precisión de los presupuestos de las medidas cautelares.

El remedio procesal previsto a favor de la parte contra quien se decretó la providencia así como las sanciones que establece la citada legislación, que se regula en el artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo, nos parece poco técnica.

Para que se autoricen actualmente las medidas cautelares en materia laboral de acuerdo a como lo contempla la ley, bastará que se solicite, y el Presidente haciendo uso de su facultad de discreción acordará de plano. Sin embargo, no menciona la ley si se tiene que probar por el peticionario de las medidas cautelares la necesidad de éstas pero consideramos que será suficiente una testimonial o documental, para acreditar la medida.

Para el secuestro provisional se sigue prácticamente un procedimiento incidental, mismo que se inicia con la solicitud del peticionario, determinando el monto de lo demandado y se rendirán las pruebas que juzgue conveniente para acreditar la necesidad de la medida, que en todos los casos son la prueba testimonial o documentos.

Necesariamente tenemos que recurrir a la vía incidental para el trámite de las medidas cautelares, toda vez que no se contempla otro procedimiento, ya que de lo contrario se propiciaría que se dar inició a un procedimiento contencioso que además sería conciliatorio.

Debidamente regulado el proceso cautelar, este permite desarrollar por cuerda separada, el procedimiento cautelar, tanto del arraigo y el secuestro provisional, contemplándose una etapa contenciosa, misma que iniciará al momento de que la persona contra quien se dictó la providencia se opone a la providencia autorizada.

Por ende, al analizar el capítulo cuarto, nos permite justificar que dentro del proceso cautelar tiene que regularse debidamente el remedio procesal tendiente a impugnar las medidas cautelares autorizadas por el presidente de la junta, así como establecer los efectos que tendría su resolución, que serían el de mantener, modificar, alzar o anular las medidas cautelares.

Una vez solicitada la providencia y decretada ésta, la ley laboral prevé actualmente un remedio procesal tendiente, a final de cuentas, a nulificarla, además

de sancionar al funcionario ejecutor de la providencia adoptada, para lo cual se sigue el trámite que señala el artículo 852 de la Ley Federal del Trabajo, es decir, se activa la revisión laboral.

El remedio procesal denominado revisión en la Ley Federal del Trabajo, para impugnar la adopción de medidas cautelares, como en su momento lo justificaremos, nos parece un mecanismo en desuso, poco práctico y con errores técnicos y que, en su momento, será necesario una reforma al respecto.

De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo se establece, en su artículo 849, que procede la revisión contra actos de los presidentes, actuarios o funcionarios legalmente habilitados, en ejecución de los laudos, convenios, de las resoluciones que ponen fin a las tercerías y de los dictados en las providencias cautelares.

La llamada revisión laboral debería suprimirse, ya que se refiere a un recurso, y que en su lugar se tuviere a un incidente especificado, a través del cual se combatiera la providencia adoptada, y no se limitara dicho incidente a examinar el acto de ejecución, sino también, la oposición interpuesta por la parte afectada por la providencia adoptada.

Además, lo que debe estar sujeto a éste remedio procesal, es que se acreditara por el peticionario la necesidad que aduce, ya sea el peligro, de que la persona contra quien se dirige la providencia se ausente u oculte y sea difícil entablar una demanda, o ya entablada no asuma su responsabilidad; o bien, que se presuma, o apariencia del buen derecho.

Es necesario dar paso al incidente de oposición, que entre otros efectos será anular las medidas cautelares solicitadas que se encuentren viciadas. Por otra parte, el último párrafo del artículo 852, sin embargo, muestra una deficiencia, ya que al señalar que se modificará el acto que dio origen a la revisión, deja de lado el alzamiento, la anulación y el mantenimiento de las medidas cautelares.

Es necesaria la debida sistematización del proceso cautelar laboral, ya que como observamos existe una confusión y dispersión de normas jurídicas, lo que conlleva a unificar este proceso, pues la revisión debe replantearse en una futura reforma a la legislación laboral.

La Ley Federal del Trabajo, debe contemplar un verdadero proceso cautelar, donde es necesario que exista una oposición a la petición de providencias cautelares como remedio procesal propiamente dicho. Para ello, prever el incidente de oposición dará la pauta para entrar a la contención por parte de la persona contra quien se adoptó la medida.

El peligro por la demora y la apariencia de buen derecho son presupuestos que deben acreditarse para acordarse las medidas solicitadas, y que, en caso de violación, el incidente de oposición es un remedio procesal, entre otros efectos, para su anulación. Cabe considerar que en este contexto, se presentan dos supuestos: la necesidad de la providencia y la oposición a ésta; las juntas se evitarían un sinnúmero de problemas, ya que al decretar la medida cautelar, ésta se sujetaría a la acreditación por el solicitante de ésta, y al opositor a nulificarlas, lo que la junta resolvería mediante resolución, alzar, mantener o anular la medida cautelar.

Es necesario, para un adecuado trámite de las medidas cautelares, que se adecue la legislación laboral para dar paso a un verdadero proceso cautelar, donde se integre un procedimiento eficiente que contemple la nulidad por falta de acreditación de los prepuestos de las medidas cautelares, misma que se podrá combatir por medio del incidente de oposición.

Para justificar porqué el incidente de oposición tendría, entre otros efectos, el anular las medidas cautelares, sin pensar en el incidente de nulidad, la razón es por la naturaleza de éste. En efecto, el incidente de nulidad es una forma procesal que puede derivar en la declaración de nulidad de un determinado acto, si el proceso se

inicia con una notificación mal hecha, pero si llega a dictarse un laudo que cause ejecutoria, impediría el planteamiento de una cuestión de nulidad.

El incidente de nulidad es que, de acuerdo a su naturaleza, se trata de un incidente de previo y especial pronunciamiento, esto es, suspende el procedimiento en lo principal hasta en tanto se resuelva

El proceso cautelar laboral, como se propone con la presente investigación, se estructura atendiendo, a la demora que llega a privar en el proceso ordinario o especial en materia laboral, el cual no se desarrolla en un corto lapso de tiempo, implica que se brinde una justicia pronta y sin demoras, permitiendo incluso en dicho proceso cautelar poder dar a las juntas de conciliación elementos suficientes, para determinar en el juicio principal la procedencia o no de las acciones de los trabajadores.

El incidente de oposición podrá combatir las medidas cautelares que se haya adoptado sin haberse observado los presupuestos de las medidas cautelares (peligro planteado en la demanda y la apariencia de buen derecho) y en su caso poder anularlas.

Lo anterior, en virtud de que la nulidad castiga el vicio de un acto, por falta de observancia a la norma jurídica que regula su forma. Ante ello, el incidente de oposición daría integridad al proceso cautelar laboral, ya que como hemos visto en el desarrollo de esta investigación, no existe un verdadero remedio procesal en materia laboral que combata las medidas cautelares por parte de la persona contra quien se adoptaron.

La nulidad derivará tanto de la ley laboral como del incidente de oposición, por falta o defecto en la adopción de las medidas cautelares al no observarse los presupuestos de éstas. Por otra parte, las medidas cautelares podrán ser modificadas cuando se prueben hechos y circunstancias que no se pudieron tener en

cuenta al tiempo de su concesión, o dentro del plazo para oponerse a ellas. En el mismo tenor, al sustanciarse el incidente de oposición, podrá comprobarse el exceso o defecto en su ejecución, pudiéndose modificar la medida autorizada.

PROPUESTAS

1. La necesidad de que la Ley Federal del Trabajo adopte el concepto de medida cautelar, dando lugar a la identificación de las características y definición de los presupuestos de las medidas cautelares, ya que, el legislador dio a éstas en la legislación laboral una regulación superficial, por lo que una vez bien tratados resultarían un eficaz instrumento a favor de los justiciables.

2. El que se estructure correctamente el proceso cautelar laboral, en virtud de que el actual se encuentra desordenado, propiciando confusión en su tratamiento, no sólo a los solicitantes, sino también a la parte contra quien se autorizan las medidas cautelares, así como a la propia junta de conciliación.

3. Que la Ley Federal del Trabajo adopte el incidente de oposición como remedio procesal en contra las medidas cautelares que se autorizaron en contra de un patrón, dando lugar dicho incidente a que se integre debidamente el proceso cautelar, dentro del cual, dicho incidente propiciaría que se tuviera un procedimiento novedoso en materia laboral, además de ser un mecanismo de solución de conflictos laborales.

4. Que se contemple la nulidad como sanción a las medidas cautelares laborales que se hubiesen autorizado sin observar los presupuestos del peligro por la demora y la apariencia de buen derecho, requisitos necesarios e indispensables para su adopción.

5. Que el aviso de rescisión de la relación laboral por causas imputables al trabajador, se regule bajo las características y presupuestos de las medidas cautelares, ya que resultaría un medio de seguridad tanto a los trabajadores como patrones, dando lugar a un procedimiento previo de sobre rescisión con suspensión de la relación laboral.

Bibliografía

1. Fuentes de información

A. Textos Normativos

I. Nacionales

a) Normativa Federal

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917.
- Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor desde el 31 de diciembre de 1942.
- Código de Comercio en vigor desde el 1º de enero de 1890.
- Ley Federal del Trabajo en vigor desde el 1º de mayo de 1931.

b) Normativa Estatal

- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán.

c) Tratados Internacionales Ratificados por México

B. Jurisprudencia y Decisiones Judiciales

I. Nacionales

a) México

Suprema Corte de Justicia de la Nación – Tesis

- Suspensión. Procedencia en los casos de Clausura Ejecutada por Tiempo Indefinido. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Pleno, Tesis P/J. 16/96, novena época, contradicción de tesis 12/90, abril de 1996, p. 36;
- Medidas Cautelares. No Constituyen Actos Privativos, por lo que para su imposición no rige la Garantía de Previa Audiencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Pleno, Tesis P/J. 21/98, marzo de 1998, p. 18.

II. Extranjera

a) España

Tribunal Constitucional

- STC/3824/99, de 16 de julio.
- STC/3824/99, de 8 de abril.

C. Bibliografía.

I. Manuales

ALVAREZ JULIA, Luis, Neuss R.J. Germán, Wagner Horacio, *Manual de Derecho procesal*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1992.

ESPINOZA FUENTES, Raúl, *Manual de Derecho Procesal Civil (Juicio Ejecutivo)*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

II. Monografías

ALSINA, HUGO, *Las Nulidades en el Proceso Civil*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1965.

ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1961.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, tercera edición, México, 1989.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, décima edición, Porrúa, México, 2001.

AMEZCUA ORNELAS, Norahenid, *Relaciones laborales*, Cárdenas editores, México, 2000.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, tercera edición, Porrúa, México, 1993.

ALLORIO, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

ARAZI, Roland, *Medidas Cautelares*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

BAEZ MARTÍNEZ, Roberto, *Principios Básicos de derecho del Trabajo*, PAC, S.A., México, 2001.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Derecho Civil*, Volumen I, Harla, México, 1998.

BAZDRESCH, Luis, *Garantías Constitucionales*, Curso Introductorio, Trillas, México, 2000.

BAZARTE CERDAN, Willebaldo, *Los Recursos, la Caducidad y los Incidentes*, Editora e Informática Jurídica, México, 2001.

BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, vigésimo séptima edición, Porrúa, México, 1993.

BECERRA BAUTISTA, José, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1985.

BECERRA BAUTISTA, José, *Teoría del Proceso Civil en México*, décima segunda edición, Porrúa, México, 2000.

BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, tercera edición, Porrúa, México, 1990.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Biblioteca de Derecho Procesal*, volumen I, segunda edición, Castillo Hermanos, México, 1999.

BRICEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Tomo 2, segunda edición, Oxford, México, 1999.

BONNECASE, Julian, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen 1, Oxford, México, 2001.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, octava edición, Porrúa, México, 1996.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, trigésima edición, Porrúa, México, 2000.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, trigésima segunda edición, Porrúa, México, 1995.

CABAZOS FLORES, Baltasar, *Causales de Despido*, cuarta edición, Trillas, México, 1996.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial De Palma, Buenos Aires, 1943.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, tercera edición, editorial Harla, México, 1992.

CARNELUTTI, Francesco, *Institución del Nuevo Proceso Civil*, cuarta edición, editorial Depalma, Argentina, 1972.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, UTEHA, Buenos Aires, 1944.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Oxford, México, 2001.

CERVANTES NIETO, Héctor, *Consejos Prácticos sobre el Contrato Individual de Trabajo*, ISFF, México, 2001.

CLIMENT BELTRAN, Juan B., *Comentarios a la Ley Federal del Trabajo*, vigésima tercera edición, Esfinge, México, 2002.

CLIMENT BELTRÁN, Juan B., *Derecho Procesal del Trabajo*, tercera edición, Esfinge, México, 2001.

CLIMENT BELTRÁN, Juan B., *Formulario de derecho del Trabajo*, tercera edición, editorial Esfinge, México, 2001.

CLIMENT BELTRAN, Juan B., *Ley Federal del Trabajo Comentada*, Editorial Esfinge, México, 2002.

COUTURE, Eduardo, *Los Recursos. Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972.

DAVALOS, José, *Derecho Colectivo y Derecho Procesal del Trabajo*, Segunda edición, Porrúa, México, 2004.

DAVALOS, José, *Tópicos Laborales*, tercera edición, Porrúa, México, 2000.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho Procesal del Trabajo*, sexta edición, Porrúa, México, 1991.

DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1990.

DE PINA, Rafael y Castillo Larrañaga, José, *Derecho Procesal Civil*, vigésima segunda edición, Porrúa, México, 1996

DORANTES TAMAYO, Luis, *Elementos de Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Porrúa, México, 1993.

EUGÉNE, Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, séptima edición, Porrúa, México, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Panorama Crítico del Proceso Civil Español (1938-1998)*, Civitas, España, 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1992.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel, Rifá Soler José María, Valls Gombáu José Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2000.

FUENTES CAMACHO, Víctor, *Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Eurolex, Madrid, 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1973.

GASCÓN INCHAUSTÍ, Fernando, *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero, Art.24 del convenio de Bruselas*, Comares, España, 1998.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, novena edición, Harla, México, 1996.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Trillas, México, 1994.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, quinta edición, Porrúa, México, 2003.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor, México, 1987.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, segunda edición, Cárdenas editor, México, 1990.

JOVÉ, María Angeles, *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*, José María Bosch, Barcelona, 2000.

KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago A., *Teoría del Derecho Procesal*, tercera edición, Porrúa, México, 2001.

MEJORADA CHAUCA, Martín, *Las Medidas Cautelares*, editorial Themis, Lima, 1991.

MERINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Astrea, Madrid, 2001.

MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, trigésima sexta edición, Porrúa, México, 1990.

NOVELLINO, Norberto José, *Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

LASTRA LASTRA, José Manuel, Martínez Vera, Rogelio, *Marco Legal de los Negocios, Compilación*, segunda edición, McGraw-Hill, México, 1996

LEMUS RAYA, Patricia, *Derecho del Trabajo*, McGraw-Hill, México, 1997.

LUTZESCO, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, novena edición, Porrúa, México, 2000.

LUIS MAURINO, Alberto, *Nulidades Procesales*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2000.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Harla, México, 1992.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Harla-Oxford University Press, 1996.

PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, Porrúa, México, 1991.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Lerdo Print, S.A, España, 2000.

PÉREZ PALMA, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, octava edición, Cárdenas Editor, México 1995.

PLANIOL MARCEL, Ripert Georges, *Derecho Civil*, Volumen 8, Oxford, México, 2001.

RAMÍREZ FONSECA, Francisco, *El Despido*, décima edición, Editorial PAC, México, 1992.

RAMÍREZ GÓMEZ, Armando, *Derecho Procesal del Trabajo*, centro de impresión, México, 1998.

RAMIREZ MOGUEL, Leonor, *Los Tribunales del Trabajo*, Porrúa, México, 1980.

RIFA SOLER, María, Larrosa Amante, Miguel Angel, *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Lerdo Print, España, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, vigésima cuarta edición, Porrúa, México, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos*, Tomo IV, vigésima segunda edición, Porrúa, Mexico, 1993.

TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho del Trabajo*, quinta edición, Porrúa, México, 1980.

TRUEBA URBINA, Alberto, *Ley Federal del Trabajo Comentada*, 77ª edición, Porrúa, México, 1996.

VALLS GOMBÁU, José Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículos 556 al 827*, iurgium, Madrid, 2000.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano*, décima octava edición, Porrúa, México, 2002.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, segunda edición, Temis, Santa Fé de Bogota, 1999.

VIZCARRA DÁVALOS, José, *Teoría General del Proceso*, tercera edición, Porrúa, México, 1999.

VIZCARRA DÁVALOS, José, *Teoría General del Proceso*, cuarta edición, Porrúa, México, 2000.

III. Dictionarios

Voz, “Depósito”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998.

Voz, “Embargo”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998.

Voz “Nulidad Procesal”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, 1998.

Voz, “Ley Federal del Trabajo”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998.

Voz, “Secuestro debienes”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998.

Voz “Medidas Cautelares”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

Voz “Medidas Cautelares”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

Voz “Engaño”, en *Diccionario Enciclopédico Larousse*, tercera edición, Ofgloma, S.A., México, 2000.

Voz “Pretensión”, en *Biblioteca de Dictionarios Jurídicos Temáticos*, Vol. IV, Harla, México, 2001.

Voz “Nulidad Procesal”, en *Biblioteca Dictionarios Jurídicos Temáticos*, Volumen IV, Harla, 2001.

Voz “Personalidad” en *Biblioteca Dictionarios Jurídicos Temáticos*, Volumen IV, Harla, 2001.

Voz “Competencia” en *Biblioteca Dictionarios Jurídicos Temático*, Volumen IV, Harla, 2001.

Voz, “Presupuesto procesal”, en *Biblioteca Dictionarios Jurídicos Temáticos*, Derecho Procesal, Harla, México, 1998.

Voz “Amenaza”, *Diccionario Jurídico de Derecho*, vigésima sexta edición, Porrúa, México, 1995.

Voz "Analogía", en *Diccionario Jurídico de Derecho*, vigésima sexta edición, México, 1998.

Voz "Nulidades de los Actos Jurídicos", *Diccionario Jurídico Mexicano*, decimosegunda edición, Porrúa, México, 1998.

Voz "Embargo" en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XX, DRISKILL S.A., Argentina, 1991.

Voz "Nulidad Procesal", en *Enciclopedia Jurídica AMEBA*, Tomo XX, DRISKILL S.A., Argentina, 1991.

IV. Revistas Especializadas

BRICE ANGEL, Francisco, "Medidas Preventivas o Cautelares", *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1958.

GONZÁLEZ MULLIN, Enrique, "Notas Acerca del Secuestro o Embargo Preventivo", en *Revista de Derecho Público y Privado*, año X, 104, febrero, Montevideo, 1947.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "La Tutela Cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en Pedraz, Penalva, Ernesto (coord.), *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

PODETTI, Ramiro, "Las Medidas Cautelares y el Embargo de los Frutos de la Cosa Litigiosa", *Revista de Derecho Procesal*, año 1, segundo trimestre, Buenos Aires, 1943.

REIMUNDIN, Ricardo, "Las Medidas Cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia", en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Tomo XI, 22, La Plata, 1965.

2. FUENTES TELEMATICAS.

<http://www.der.uva.es/procesal/investiga1.htm>. Relativo a la Exposición de Motivos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

<http://www.unt.org.mx/ft/4inrefift.htm>. Unión Nacional de Trabajadores, propuesta del Presidente de la República Vicente Fox sobre Reforma a la Ley Federal del Trabajo.