



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO

MAESTRÍA EN AMPARO

Tesis:

*La suspensión del acto reclamado con efectos
restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia.*

Que presenta:

Raúl Alejandro Sandoval Rodela.

Director:

Dr. Carlos Alberto Prieto Godoy

Febrero de 2016.

***La suspensión del acto reclamado con efectos
restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia.***

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT



SISTEMA DE BIBLIOTECAS

Dedicatoria:

*A mi familia, mi mamá Lupita Rodela,
mi papá Raúl Sandoval y
mi hermana Cecy,
quienes inspiran y motivan mi vida. .*

Agradecimientos:

A mi alma mater, la Universidad Autónoma de Nayarit, y la Unidad Académica de Derecho, por la oportunidad de aprender.

Al Dr. Carlos Alberto Prieto Godoy, director de la tesis, sin cuya guía y apoyo decidido, este trabajo no hubiera sido posible.

A mis maestros de licenciatura y maestría, por tantas enseñanzas.

INDICE

INTRODUCCION

II

CAPITULO I EVOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO:DE 1936 A 2013

	Pagina
I.1.Ley de Amparo de 1936	1
I.1.1 Institución <i>sui generis</i> del amparo	1
I.1.2 Medida cautelar negativa o conservativa	2
I.1.2.1 Posturas doctrinales	3
I.1.2.1.1 Dinámica	3
I.1.2.1.2 Estática	4
I.1.2.2 Clasificación del acto reclamado	6
I.1.2.2.1 Por el momento de su ejecución	7
I.1.2.2.1.1 Pasado o consumados	7
I.1.2.2.1.2 Futuros	7
I.1.2.2.2 Por el tiempo de su duración	8
I.1.2.2.2.1 Instantáneos	8
I.1.2.2.2.2 Permanentes o continuos	9
I.1.2.2.2.3 Continuados o de tracto sucesivo	9
I.1.2.2.3 Por sus efectos	10
I.1.2.2.3.1 Positivos	10
I.1.2.2.3.2 Negativos	10
I.1.2.2.3.3 Negativos con efectos positivos	11
I.1.2.2.3.4 Omisiones	12
I.1.2.2.4 Conforme a su imperatividad	12
I.1.2.2.4.1 Prohibitivos	12
I.1.2.2.4.2 Declarativos	13
I.1.3 Medida cautelar negativa, excepcionalmente positiva	13
I.1.3.1 Mutación constitucional	15
I.1.4 Reformas constitucionales de junio de 2011	18
I.1.4.1 La suspensión ponderativa	21
I.1.5 Ley de Amparo de 2013	22
I.1.5.1 Medida cautelar negativa y positiva	22

**CAPITULO II:
ACTUALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL
AMPARO.**

II. 1 Clasificación	26
II.1.1 De oficio	27
II.1.1.1 Amparo indirecto	27
II.1.1.1.1 De plano	27
II.1.1.1.1.1 Casos tazados	28
II.1.1.1.1.2 Materia agraria	30
II.1.1.1.2 Via incidental	30
II.1.1.2 Amparo directo	31
II.1.2 A petición del quejoso	32
II.1.2.1 Amparo indirecto	32
II.1.2.2 Amparo directo	33
II.2 Finalidad y efectos	33
II.3 Concepto	35
II.3.1 Suspensión <i>latu sensu</i> : una definición estipulativa	35
II.3.2 Suspensión <i>strictu sensu</i>	39
II.4 Naturaleza jurídica	39
II.4.1 Como medida cautelar	39
II.4.1.1 Presupuestos	41
II.4.1.2 Características	45
II.4.1.2.1 Provisionalidad	45
II.4.1.2.2 Instrumentalidad	46
II.4.1.2.3 Mutabilidad	47
II.4.1.2.4 Jurisdiccionalidad	48
II.4.1.2.5 Inaudiencia	48
II.4.2 Como tutela jurisdiccional	49

**CAPITULO III
LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS E INSTITUTOS AFINES DE
OTRAS DISCIPLINAS DEL DERECHO, EN MEXICO Y EN OTROS SISTEMAS
JURÍDICOS**

III. 1 Introducción	56
III. 2 Medidas cautelares positivas e institutos afines en México	58
III.2.1 Derecho Familiar	58
III.2.1.1 Alimentos provisionales	58
III.2.1.2 Medidas cautelares ante actos de violencia familiar	61
III.2.2 Derecho administrativo	61

III.2.2.1	Orden jurídico local: Suspensión con efectos reparatorios en la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit	61
III.2.2.2	Orden jurídico federal: Medidas cautelares positivas en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo	64
III. 3	Medidas cautelares positivas en Centroamérica	66
III. 3.1	Tribunal de Arbitraje instaurado por las Repúblicas de la América Central en 1902	66
III. 3.2	La Corte de Justicia Centroamericana de 1907	67
III. 3.2.1	Caso: Honduras y Nicaragua vs El Salvador y Guatemala	68
III. 3.2.2	Caso: Nicaragua vs Costa Rica y El Salvador	69
III. 4	Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	69
III. 5	Medidas cautelares positivas e institutos afines en algunos sistemas jurídicos de Europa	73
III. 5.1	Francia	73
III. 5.1.1	Los procesos de <i>référé</i> en materia civil	74
III. 5.1.1.1	<i>Référé</i> clásico en caso de urgencia	75
III. 5.1.1.2	<i>Référé de remise en état</i>	75
III. 5.1.1.3	<i>Référé</i> provisión	76
III. 5.1.1.4	<i>Référé-injonction</i>	76
III. 5.1.2	Los procesos de <i>référé</i> en el proceso contencioso administrativo	77
III.5.1.2.1	Las <i>ordonnances sur requête</i>	79
III. 5.2	Italia: la suspensión en el proceso contencioso administrativo	79
III. 5.3	España: la suspensión en el proceso contencioso administrativo	81
III. 5.3.1	Apertura a las medidas cautelares positivas	82
III. 5.3.2	Primer antecedente de medida cautelar positiva	83
III. 5.3.3	Segundo antecedente de medida cautelar positiva	85

CAPITULO IV

SUSPENSIÓN A PETICIÓN DEL QUEJOSO EN EL AMPARO INDIRECTO: INCIDENTE.

IV.1	Trámite	88
IV.1.1	Auto de admisión del amparo	90
IV.1.2	Suspensión provisional	91
IV.1.2.1	Auto inicial	91

IV.1.2.2 A quien obliga la suspensión	93
IV.2.2 Informe previo	95
IV.2.3 Facultad del juez de solicitar documentos y ordenar diligencias	96
IV.2.4 Audiencia incidental	97
IV.2.4.1 Etapa probatoria	97
IV.2.4.2 Etapa de alegatos	99
IV.2.4.3 Etapa de resolución: suspensión definitiva	99
IV.2 Técnica para resolver la suspensión: requisitos y su orden de prelación	101
IV.2.1 Requisitos de procedencia	107
IV.2.1.1 Solicitud del quejoso	107
IV.2.1.2 Certeza de la existencia del acto reclamado	107
IV.2.1.3 Susceptibilidad de suspensión <i>latu sensu</i> o tutela provisional	108
IV.2.1.3.1 Naturaleza del acto reclamado: actos reclamados suspendibles	111
IV.2.1.3.2 Viabilidad jurídica y material de la restitución: derechos fundamentales suspendibles	112
IV.2.1.3.2.1 Viabilidad material: derechos de prestación	112
IV.2.1.3.2.1.1 Exigibilidad de los derechos sociales, como derechos prestacionales	117
IV.2.1.3.2.1.1.1 Derechos complejos	117
IV.2.1.3.2.1.1.2 Derechos costosos	119
IV.2.1.3.2.1.1.3 Los matices en los derechos sociales	119
IV.2.2.3.2.2 Viabilidad jurídica: principio de reversibilidad	122
IV.2.2.3.2.2.1 Derechos de prestación continuada o de tracto sucesivo: procedencia	123
IV.2.2.3.2.2.2 Derechos de prestación instantánea que generan un estado definitivo: improcedencia	124

	IV.2.2.3.2.2.3 Derechos de prestación instantánea que no generan un estado definitivo: procedencia	126
IV.2.2.4	Apariencia del buen derecho	129
	IV.2.2.4.1 Conocimiento superficial: juicio prima facie	131
	IV.2.2.4.2 Verosimilitud	140
	IV.2.2.4.3 Probabilidad	142
IV.2.2.5	Peligro en la demora	147
IV.2.2.6	Que de la ponderación resulte que los daños que pudiera sufrir el interés social sean de menor peso que los daños que pudiera sufrir los intereses del quejoso	148
	IV.2.2.6.1 Ponderación	148
	IV.2.2.6.2 Disposiciones de orden público	153
	IV.2.2.6.3 Interés social	154
IV.2.2	Efectos de la suspensión	155
	IV.2.2.1 Paralización	155
	IV.2.2.2 Restitución provisional	156
IV.2.3	Requisito de continuidad o garantía	156
	CONCLUSIONES	158

Abreviaturas

Art.: Artículo.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

LA: Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, todas las personas son titulares de los derechos humanos que se encuentran reconocidos tanto en la CPEUM, como en los tratados internacionales de los que México es parte. En caso de violación a los derechos fundamentales, la propia CPEUM prevé diversas garantías o instrumentos procesales para su protección y restauración. El amparo es el medio de control de la constitucionalidad al alcance de toda persona para la protección de sus derechos fundamentales; es un proceso constitucional, en el que seguidas sus etapas, una posible sentencia estimatoria, restituye al quejoso en el goce del derecho.

En su configuración legislativa, el amparo indirecto es un proceso expedito que tiene el sistema jurídico mexicano, pues se prevé como regla general que la audiencia constitucional se celebre, y en ella se dicte la sentencia, en un plazo de treinta días (Art. 115 LA).

Sin embargo, el propio Poder Judicial de la Federación reconoce que la resolución del amparo indirecto en sus dos instancias puede tardar un promedio de seis meses¹, tiempo que aún puede considerarse breve, pero prolongado para la tutela efectiva de los derechos. La vida, la libertad, la integridad corporal, la salud, etcétera, no pueden esperar demasiado para obtener tutela jurisdiccional a través de la sentencia.

Desde el derecho procesal en general, la lentitud en el desarrollo del proceso ha propiciado una crisis en la administración de la justicia,² pues el justiciable tendrá que esperar incluso años para obtener resolución que resuelva sobre su pretensión. Es así que surge la necesidad, que desde el inicio del proceso, se adelanten algunos de los efectos de la sentencia, mediante una providencia que se mantenga mientras se dicta aquella, que proteja provisionalmente el derecho material, para que llegado el momento del dictado de la providencia principal, tenga objeto sobre el cual recaer.

¹ Tesis: I.3o.C.117 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 1357.

² De Alba de Alba, José Manuel y Flores Muñoz, Mario Cesar, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011, p. 47.

Estas providencias provisionales son un remedio para la citada crisis en la administración de la justicia³.

La suspensión del acto reclamado es una providencia provisional en el amparo, y su importancia es tal que la colectividad cree que la persona ha sido amparada, cuando iniciado el proceso apenas ha obtenido la suspensión. La tutela provisional se posiciona como la primera línea de protección de la tutela judicial efectiva, y de aquella dependerá en muchas de las veces la calidad de efectiva de la segunda.

En la Ley de Amparo de 1936 la suspensión tenía el efecto de conservar las cosas en el estado que en ese momento se encontraban, paralizando el acto de autoridad que el quejoso reclamaba inconstitucional. La suspensión mostraba sus bondades ante actos como la privación de la vida o la libertad, la deportación o la expulsión. La medida resultaba eficaz ante actos reclamados de carácter positivo - aquellos en que existe una actuación por parte de la autoridad responsable- , pero no en tratándose de omisiones, actos negativos o consumados. ¿Cómo paralizar algo que la autoridad no hace o se niega a hacer? ¿Cómo detener algo que ya se terminó? En estos casos, la suspensión era improcedente, porque no tenía materia sobre la cual recaer, resultando una medida cautelar incompleta, que protegía solo respecto de una parcialidad de actos reclamados y derechos fundamentales.

Los instrumentos de tutela jurisdiccional requieren adaptarse a las necesidades de su época. Con la entrada en vigor de la LA de abril del 2013 la suspensión sufre una modificación legislativa sustantiva, ello porque además de tener el efecto de paralizar la actuación de la autoridad responsable, se agrega la posibilidad de restituir provisionalmente al quejoso en el goce del derecho que estima violado, lo que se traduce en una obligación de hacer para la autoridad responsable.

Hoy, el párrafo segundo del Art. 147 de la LA prevé el efecto restitutorio provisional en la suspensión, cuando de acuerdo a la naturaleza del acto reclamado sea física y jurídicamente posible. Esto es, el legislador dejó una cláusula abierta para que sea el

³ De Alba de Alba, José Manuel y Flores Muñoz, Mario Cesar, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011, p. 48.

juzgador en cada caso concreto, en un análisis preliminar, quien determine si es posible anticipar provisionalmente el derecho fundamental cuya violación se reclama.

Para dimensionar el salto legislativo que ha dado la suspensión del acto reclamado, baste ahora con decir que estamos en presencia de un auténtico amparo provisional que de inmediato brinda tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales. Significa adelantar y acelerar la decisión judicial, con efectos provisionales. Ya no será necesario esperar el largo proceso, para que en ciertos casos, desde la suspensión del acto reclamado, se restituya provisionalmente al quejoso en el goce del derecho fundamental cuya violación reclama en su demanda.

Sin embargo, aún y cuando ya se prevé el efecto positivo provisional, ni la doctrina, ni el Poder Judicial de la Federación han establecido las bases para la procedencia del novel efecto, esto es, no quedan claros los elementos para su procedencia, pues ¿qué debemos entender por naturaleza del acto reclamado? ¿Qué tipo de actos reclamados son susceptibles de restitución provisional? ¿Qué impedimentos jurídicos y materiales existen para la restitución provisional?, lo que nos conduce a formularnos la pregunta que orienta la investigación *¿Qué derechos fundamentales son susceptibles de restitución provisional en la suspensión a petición del quejoso en el amparo indirecto?* Para lo cual nuestra hipótesis es que *la restitución provisional en la suspensión a petición del quejoso en el amparo indirecto es posible cuando el acto reclamado sea una omisión o un acto negativo y se trate de un derecho fundamental que requiere una prestación de forma continuada.*

Para valorar la concepción que hoy se tiene de la suspensión, es necesario observar el curso histórico que ha tenido en la regulación de la ley y la jurisprudencia, y dar cuenta de las mutaciones que ha sufrido. De esa evolución se trata el capítulo primero de este trabajo.

Por el efecto restitutorio señalado, legislativamente la suspensión del acto reclamado amplía sus efectos, reafirma su naturaleza jurídica y es posible obtener de ella un concepto distinto del que se tenía con la ley anterior. De esta suerte, en el capítulo segundo se analiza la actualidad de la suspensión del acto reclamado.

En el capítulo tercero se aborda el desarrollo de medidas cautelares positivas que operan en el sistema jurídico mexicano, local y federal, en el sistema interamericano y en otros sistemas jurídicos de Europa, pues ya resultan un tema avanzado en otras disciplinas del derecho, cuya experiencia se puede aprovechar para la medida cautelar del amparo.

Por último, en el capítulo cuarto, en el marco del incidente cautelar, se intentó reconstruir la técnica para la procedencia y continuidad de la suspensión del acto reclamado a petición del quejoso, que incluya ambos efectos; se analizaron sus requisitos – incluidos los nuevos de rango constitucional y legal-, se concluye cuales derechos fundamentales son susceptibles de restitución provisional, y al final, se establece una fórmula para la procedencia tanto de la paralización, como de la restitución provisional.

En la investigación se emplearon los métodos: *deductivo*, se partió de la doctrina jurídica expuesta y precedentes judiciales sobre los diversos temas que componen la investigación, para apoyar en ella nuestros planteamientos; el *método analítico*, para desmembrar los diversos conceptos y elementos, lo que resulta necesario para que el estudio particular de estos, nos conduzca a comprender el contenido y alcance de aquellos; el *método sintético*, con el material proporcionado por el análisis, se reconstruirá la evolución de la suspensión, su situación actual, el incidente cautelar y la técnica para su concesión; el *método histórico*, para exponer sucintamente la evolución que ha tenido la suspensión en la legislación y la jurisprudencia, en la abrogada Ley de 1936 y la vigente; el *método exegético*, para la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, sustento normativo de la suspensión.

La técnica de investigación utilizada es la *documental* consistente en buscar información en la doctrina nacional y en menor medida en extranjeras, así como en tesis y jurisprudencias del Poder Judicial de la Federación. La metodología o corriente epistemológica, es el *normativismo*, ello porque se analiza la procedencia de la restitución provisional a la luz de los alcances de las disposiciones legales.

CAPITULO I: EVOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO: DE 1936 A 2013.

Para entender el momento actual que tiene la suspensión del acto reclamado, su concepto, finalidades, efectos y naturaleza jurídica, a partir de la reforma constitucional de junio de dos mil once y la LA de 2013, es necesario colocarla bajo una perspectiva historia y someterla a una reconstrucción conceptual crítica¹, que nos permita dimensionar las modificaciones sustantivas que han operado en ella.

A continuación se expondrá la evolución de la suspensión en la anterior LA, al iniciarse como instituto *sui generis* del amparo, posicionarse durante casi todo el siglo XX como una medida cautelar conservativa, mutar a una medida cautelar conservativa excepcionalmente restitutoria, y colocarse el día de hoy como una medida cautelar amplia, que puede ofrecer efectos negativos o positivos según lo requiera la tutela del derecho.

I.1.Ley de Amparo de 1936.

I.1.1 Institución *sui generis* del amparo.

En un primer momento se consideró que la suspensión del acto reclamado era una invención mexicana², un instituto *sui generis* del amparo sin género procesal próximo³. La literalidad de la ley permitía, que al iniciar el proceso de amparo o incluso antes, ante el peligro de daño que pudiera sufrir la entonces garantía individual, y de cumplirse los requisitos legales, el juzgador ordenara la paralización

¹ Mitidiero, Daniel, *Anticipación de tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 26.

² Eduardo Pallares, citado por Castro y Castro, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, 8ª Ed., México, Porrúa, 2010, p. 33.

³ *Ibidem*, 54.

del acto reclamado, mientras había pronunciamiento respecto del fondo del asunto, en sentencia ejecutoriada⁴.

Para ejemplificar sus efectos incluso se dijo que la suspensión se parecía a ese juego infantil que en México se llama "los encantados", por el cual un niño que hace el papel de "encantador" persigue a otro grupo de infantes, y si tocara a alguno de ellos en su persecución, el tocado queda "encantado y no puede hacer ningún movimiento hasta que el 'encantamiento' se levanta"⁵.

La suspensión tenía el efecto de paralizar solo los actos positivos de la autoridad, es decir, aquellos que implicaban por la autoridad un acto presente o de realización futura inminente, quedando fuera tanto los actos negativos en que la autoridad se rehúsa a obrar en favor del gobernado, así como las omisiones que afectan la esfera jurídica de los quejosos.

I.1.2 Medida cautelar negativa o conservativa.

Como consecuencia de que la suspensión solo admitía efectos paralizantes, surge una interesante polémica doctrinal entre referentes del derecho en nuestro país, al tener opiniones encontradas respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión del acto reclamado. De las ideas de Ricardo Couto y Héctor Fix Zamudio emana la posición dinámica de la suspensión, y la posición estática tiene como principal expositor a Ignacio Burgoa Orihuela⁶.

⁴ El Art. 130 de la LA de 1936 establecía los efectos de la suspensión provisional a petición del quejoso en los siguientes términos: "... el juez distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá que las cosas se mantengan en el estado que guardan hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva...".

⁵ Góngora Pimentel, Genero, *La suspensión en materia administrativa*, 10ª Ed., México, Porrúa, 2008. p. 1

⁶ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 55

I.1.2.1 Posturas doctrinales.

I.1.2.1.1 Dinámica.

En 1950 se realiza una modificación a la fracción X del Art. 107 de la CPEUM, por la cual se agregó como requisito para conceder la suspensión, tomar en cuenta *la naturaleza de la violación alegada*⁷. Ello fue el fundamento para que Ricardo Couto sostuviera que por virtud de la suspensión podrían anticiparse algunos de los efectos de la sentencia definitiva y concederse un auténtico amparo provisional⁸.

Al seguir los avances dejados por Couto, Fix Zamudio argumenta por primera vez que la suspensión participa de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, y que, como las de su género, anticipa provisionalmente algunos de los efectos de la sentencia, siendo que puede tener no sólo efectos conservadores y paralizantes, sino también constitutivos y aún restitutorios⁹. Es por esto último que se denomina postura dinámica, al prever efectos más amplios que los de solo conservar o paralizar¹⁰.

Para anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia, es necesario realizar un examen preliminar del derecho cuya protección se solicita, sin prejuzgar sobre el fondo asunto, lo que la doctrina universal ha denominado apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*¹¹.

⁷ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 39.

⁸ De alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2012, pp. 122-127.

⁹ Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 61, numeral 178.

¹⁰ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 55

¹¹ Fix Zamudio en Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 42.

I.1.2.1.2 Estática.

Como antítesis de la posición anterior se presenta la postura estática de la suspensión, intensamente expuesta por Ignacio Burgoa quien sostiene que la suspensión sólo tiene por efecto paralizar el acto reclamado, conservando la materia del juicio, hasta el dictado de la sentencia. Aquí es posible observar el cambio de su concepción, de instituto *sui generis*, al de medida cautelar con elementos específicos.

En uso de una interpretación literal, explica que suspensión significa detener, paralizar, frenar¹². Consecuente con lo anterior, solo se puede suspender algo positivo, algo que se desarrolla, y que es susceptible de frenar. De ahí que los actos reclamados en los que la autoridad responsable no hace (omisiones) o se niega a hacer (negativos), no eran susceptibles de suspender, porque no existía materia sobre la cual operar¹³.

Burgoa analizó lo que es la suspensión del acto reclamado en la ley, y no lo que se hubiera deseado que fuera para conseguir mayores utilidades. El autor en comentario explicó que la suspensión "desde el punto de vista de su estructura externa, puede consistir, bien en un fenómeno (acto o hecho), o bien en una situación o estado"¹⁴. Acto y situación son causa y efecto. El acto es momentáneo, la situación o estado es de "desarrollo prolongado, pero limitado". Es decir, la suspensión opera en un acto, pero se prolonga en el tiempo manteniendo esa situación o estado suspensivo¹⁵.

Luego de explicar lo anterior, Burgoa construye una definición de la suspensión por los efectos paralizantes que producía:

"Es aquel proveído judicial (auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho

¹² Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 43 Ed., México, Porrúa, 2012, p. 712.

¹³ *Ibidem*, p. 710

¹⁴ *Ibidem*, p. 709

¹⁵ Ello ocurre por ejemplo con el matrimonio. Para algunos el matrimonio es un acto solemne, pero también una situación matrimonial, el estado de casado.

acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado.”¹⁶

Contrario a lo que argumenta Fix Zamudio -señala Burgoa-, en la suspensión no se realiza una apreciación preliminar del derecho, ni tampoco se puede restituir provisionalmente al quejoso, lo cual es propio y exclusivo de la sentencia que analiza a fondo el derecho discutido. Sostener lo contrario atentaría contra su naturaleza jurídica.¹⁷

En la judicatura mexicana triunfó la postura estática, la cual imperó durante casi toda la vigencia de la anterior LA, hasta 1996. Como señala el ahora ministro de la SCJN, Arturo Zaldívar, “en beneficio de la pureza semántica se sacrificó una mejor funcionalidad de la suspensión del acto reclamado”¹⁸, admitiendo que el único efecto de la suspensión era la paralización del acto reclamado.

Los criterios jurisprudenciales que se emitieron sobre la suspensión, medida cautelar conservativa del amparo, dieron pie a que se construyera una técnica¹⁹ para concederla o negarla dentro de la suspensión a petición del quejoso en el amparo indirecto. Lo medular de esta técnica era lo que Burgoa denominó como susceptibilidad de paralización del acto reclamado²⁰ y Góngora Pimentel, requisitos naturales y legales de la suspensión²¹, los cuales describen en la tesis cuyo rubro y texto es el siguiente:

“SUSPENSIÓN DEFINITIVA. TÉCNICA QUE DEBE SEGUIRSE EN EL ESTUDIO DE LA. Por razón de técnica, en la suspensión definitiva del acto reclamado, deben analizarse, por su orden, las siguientes cuestiones: A).- Si son ciertos o no los actos reclamados (premisa). B) Si la naturaleza de eso actos permite su paralización (requisitos naturales). C).- Si se satisfacen las condiciones exigidas en el artículo 124

¹⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 711.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 712-713.

¹⁸ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, 3ª. Ed., México, Porrúa, 2006, p. 38.

¹⁹ Ojeda Bohórquez, Ricardo, *Teoría de la suspensión del acto reclamado en materia penal*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2009, p. 36.

²⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p.722.

²¹ Góngora Pimentel, Genaro, *op.cit.*, p. 28.

de la Ley de Amparo (requisitos legales), y D).- Si ante la existencia de terceros perjudicados es necesario exigir alguna garantía (requisitos de efectividad)²².

I.1.2.2 Clasificación del acto reclamado.

Góngora Pimentel nos explica que las clasificaciones tienen por objeto "establecer un orden en las cosas y en el pensamiento"²³. Tener presente una taxonomía de los actos reclamados permitía conocer si este podía protegerse en la sentencia, y si era susceptible de suspenderse. Ricardo Ojeda Bohórquez nos brinda la siguiente clasificación²⁴, cuya utilidad compartimos, solo que en la relativa a la C, "Por sus efectos", habría que añadir las omisiones, pues estas se diferencian de los actos estrictamente negativos:

- A. Por el momento de su ejecución: pasados o consumados, presentes, futuros inciertos o remotos o futuros inminentes.
- B. Por el tiempo de duración: instantáneos, permanentes o continuos y continuados o de tracto sucesivo.
- C. Por sus efectos: positivos, negativos y negativos con efectos positivos.
[omisiones]
- D. En cuanto a la reparación del daño: reparables e irreparables.
- E. Conforme a su imperatividad: prohibitivos o declarativos.
- F. En cuanto a la autoridad que lo realiza: judiciales y no judiciales.

Para la procedencia de la suspensión servirán las clasificaciones A, B, C y E, pues es manifiesto e indudable que el amparo es improcedente en contra de actos irreparables, por lo que en consecuencia, para fines de la suspensión es necesario un acto que sea reparable – clasificación D-. Por cuanto hace a la clasificación F,

²² Tesis: I.1o. A.2, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t.I, segunda parte -2, enero-junio de 1988, p. 856.

²³ Todos los conceptos de los tipos de acto reclamado, salvo alguna cita expresa, son tomados de Góngora Pimentel Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2010, pp. 133-174.

²⁴ Ojeda Bohórquez, Ricardo, *op.cit.*, p. 41.

esta se refiere a la naturaleza formal de la autoridad que lo realiza, la que ninguna utilidad representa para la exposición de nuestra institución cautelar.

De manera general la suspensión era procedente en contra de actos presentes, futuros inminentes, continuos, de tracto sucesivo, positivos, negativos con efectos positivos y prohibitivos. En cambio resultaba improcedente en contra de actos consumados, futuros inciertos, instantáneos, negativos, omisiones y declarativos, en los términos que explicamos a continuación.

I.1.2.2.1 Por el momento de su ejecución.

I.1.2.2.1.1 Pasado o consumados.

Se entiende por consumir, el hecho de "llevar a cabo todo en todo una cosa". Acto consumado será aquel acto que se ha realizado total e íntegramente y conseguido todos sus efectos.

Los actos consumados a su vez se dividen en reparables e irreparables. El juicio de amparo es procedente respecto de los primeros, e improcedente en relación a los segundos. Un acto reclamado consumado reviste el carácter de reparable, cuando la garantía individual – hoy derecho fundamental- que se estima violado, puede ser reparado mediante la sentencia de amparo²⁵. Así, la privación de la vida, o una mutilación, son claros ejemplos de actos consumados irreparables.

En cuanto a la suspensión, esta era improcedente respecto de actos consumados²⁶.

I.1.2.2.1.2 Futuros.

Ciertos actos futuros puede tenerse por actos reclamados en el amparo, ello es así, pues el entonces Art. 11 de LA de 1936 señalaba que la autoridad responsable podía

²⁵ Tesis: I. 3o. A. 150 K, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XIV, diciembre de 1994, p.325.

²⁶ Tesis: VI. 2o. J/75, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. V, Segunda Parte-2, enero-junio de 1990, p. 660, de rubro: ACTOS CONSUMADOS. SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE.

ser aquella que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado. El correlativo de la actual legislación es el Art. 5 Fracción II.

Sin embargo, no todos los actos futuros pueden tenerse como actos reclamados, ya que solo deben tenerse como tales aquellos de realización inmediata, de ejecución inminente y no aquellos remotos e inciertos. Actos futuros inminentes son aquellos que ya nacieron, pero que aún queda pendiente su ejecución. Un acto futuro probable, remoto o incierto es aquel que aún no se constituye y que cuya realización es incierta que se realice. Así, la suspensión seguía la suerte del amparo, improcedente en contra de actos futuros probables y procedente ante actos futuros inminentes²⁷.

I.1.2.2.2 Por el tiempo de su duración.

I.1.2.2.2.1 Instantáneos.

Se define a los actos instantáneos como aquellos "cuya ejecución se agota en un solo momento. La generalidad de los actos se ejecuta de esa manera"²⁸, sin embargo habría que detenernos en precisar que muchos actos que en principio se consideran instantáneos, de una mayor reflexión se concluye que son continuos o continuados en los términos que expondremos en los siguientes apartados. La suspensión era improcedente respecto de los actos instantáneos en sí mismos, pero procedente respecto de las consecuencias pendientes de ejecución.

²⁷ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. X, noviembre de 1992, p. 221, de rubro: ACTOS INMINENTES, SUSPENSIÓN PROCEDENTE EN CASO DE.

²⁸ Ojeda Bohórquez, Ricardo, *op.cit.*, p. 46.

I.1.2.2.2 Permanentes o continuos

Los actos permanentes o continuos son aquellos "cuya ejecución se prolonga en el tiempo"²⁹, es decir, el acto tiene lugar y sus efectos se prolongan en el tiempo. Algunos actos a primera vista parecen instantáneos, pero realmente son permanentes; un ejemplo de ello, la prisión preventiva. Esta medida cautelar del proceso penal tiene lugar en un acto – el encarcelamiento- pero sus efectos permanecen día con día, mientras el procesado permanece privado de su libertad. La suspensión era procedente en contra de actos continuos, respecto de sus consecuencias pendientes³⁰.

I.1.2.2.3 Continuados o de tracto sucesivo.

Se entiende por actos de tracto sucesivo, aquellos que "no se consuman por su sola emisión sino que se desarrollan en diferentes etapas sucesivas convergentes hacia un fin determinado". A diferencia del acto permanente o continuado que se concretiza en una sola acción, cuyos efectos se prolongan en el tiempo, en el acto de tracto sucesivo "existe una pluralidad de acciones dirigidas a un solo fin; se precisa la realización de acciones periódicas por parte de la autoridad a fin de que en el transcurso del tiempo el acto siga produciendo efectos"³¹. El ejemplo por antonomasia es la intervención judicial, en que el acto de intervención se ejecuta en cada ocasión por el funcionario designado al efecto. Fuera de este ejemplo, resulta difícil encontrar otro caso de esta especie de acto reclamado, los cuales en su mayoría son continuos.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. I, Segunda Parte-2, enero-junio de 1988, p. 704, de rubro: SUSPENSIÓN. DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS DE TRACTO SUCESIVO Y ACTOS CONTINUOS.

³¹ *Idem.*

El amparo era procedente en contra de actos de tracto sucesivo, y la suspensión operaba únicamente respecto de los efectos pendientes de tener ejecución, del presente al futuro, nunca hacia el pasado³².

I.1.2.2.3 Por sus efectos.

I.1.2.2.3.1 Positivos.

Los actos positivos "son actos de autoridad que se traducen en la decisión o ejecución de un hacer". Significan una actuación de la autoridad, que puede ser la emisión de una resolución judicial, un embargo, la ejecución de una orden de aprehensión, etcétera. De manera general, un acto positivo es una conducta de hacer de la autoridad responsable.

Por efecto de la suspensión del acto reclamado, este se paralizaba, hasta en tanto se dictaba la sentencia que decidía el fondo del asunto. En suma, los actos positivos que tienen una existencia o un movimiento, eran susceptibles de paralizarse.

I.1.2.2.3.2 Negativos.

El acto es negativo "cuando a través de él se rehúsa expresamente a obrar en favor de la pretensión del gobernado". En el acto negativo existe una manifestación expresa de la autoridad, pero negando la procedencia de la petición de la persona. Debe distinguirse de los "actos omisivos, en que la autoridad se abstiene de actuar", y de los prohibitivos, por el cual "la autoridad impone obligaciones de no hacer a los individuos".

La suspensión era improcedente tratándose de actos de carácter negativo³³. Solo se podía suspender algo que tenía "movimiento", que está o es susceptible de ejecución, de ahí que algo que no tiene existencia material, no puede suspenderse.

³² Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, v. Volumen 55, Sexta Parte, p. 76.

El caso paradigmático de Mini Numa es un ejemplo de un acto reclamado de esta naturaleza. La comunidad indígena de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc en el estado de Guerrero, solicitó al Secretario de Salud de esa entidad federativa la construcción de una clínica con servicios básicos de salud. La respuesta del funcionario público a la petición fue negativa, mediante un documento en el que señaló insuficiencia presupuestal para obsequiarla. Ante el acto negativo de la autoridad – previo la interposición del recurso de revisión- miembros de la comunidad decidieron interponer un amparo indirecto. El resultado para el tiempo que se describe fue revolucionario -2008-, pues el Juez de Distrito ordenó el equipamiento de la casa de salud y la habilitación de un Centro de Salud. Sin embargo, para efectos del acto reclamado, la suspensión era improcedente, pues no había nada que detener o paralizar³⁴.

I.1.2.2.3.3 Negativos con efectos positivos.

Si los actos contra los que se pedía amparo, aunque aparentemente negativos, tenían efectos positivos, procedía conceder contra ellos la suspensión, dentro de los términos previstos por la ley de Amparo³⁵.

Se está en presencia de un acto con el ropaje de negativo, pero sus efectos son positivos, lo que hace procedente el amparo respecto de dichos actos. Los actos negativos con efectos positivos pueden repararse en la sentencia, y ser materia de suspensión.

Un ejemplo de acto negativo con efectos positivos, sería aquel en que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes SCT niega a algunos camioneros el permiso para

³³ Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IX, abril de 1992, p. 408, de rubro: ACTOS NEGATIVOS. SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE.

³⁴ Staines Díaz, Makawi, "La construcción y abastecimiento adecuado de los centros de atención médica, como deber a cargo del Estado, derivado del derecho a la salud (Caso Mini Numa; juicio de amparo 1157/2007-II, 11 de julio de 2008, Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, México)" en Silva García, Fernando (Coord.), *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, Colección garantismo judicial. pp. 229 y 230.

³⁵ Tesis: VI.2o.21 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, febrero de 1996, p. 382, de rubro: ACTOS NEGATIVOS CON EFECTOS POSITIVOS. SUSPENSIÓN.

circular para el traslado de personas. Aquí se está en presencia del acto negativo, que se convierte en positivo, cuando no obstante la negativa, el “camionero” se lanza a la carretera a brindar el servicio y la autoridad, en el caso la SCT, realiza actos tendientes a detenerlo³⁶. Este último es un acto positivo, para el cual era procedente la suspensión del acto reclamado.

I.1.2.2.3.4 Omisiones.

Un acto reclamado es omisivo, o constituye una omisión, cuando la autoridad se abstiene de actuar, teniendo obligación de hacerlo. La omisión era posible restituirla en la sentencia de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 80 de LA de 1936, pero no podía ser materia de la suspensión, puesto que implicaría darle efectos restitutorios que son propios de la sentencia. Generalmente se concibe dentro de los actos negativos *latu sensu*.

I.1.2.2.4 Conforme a su imperatividad.

I.1.2.2.4.1 Prohibitivos.

Son actos prohibitivos, “aquellos que fijan una limitación, que tiene efectos positivos, como son los de coartar o limitar los derechos de quien los reclama en amparo”. Se trata entonces de un acto positivo, respecto del cual era procedente tanto el amparo, como su medida cautelar³⁷.

Ejemplo de este tipo de actos, es cuando alguna persona tiene alguna licencia que le expide la autoridad administrativa, y esta última decide revocársela, lo que configura una prohibición a algún derecho que ya se goza³⁸.

³⁶ Góngora Pimentel, Genaro, *cit.*, p. 166.

³⁷ Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, v. 75, Sexta Parte, p. 60.

³⁸ Góngora Pimentel, Genaro, *cit.*, p. 168.

I.1.2.2.4.2 Declarativos.

Son aquellos que se “limitan a evidenciar una situación jurídica determinada, pero que no implican modificación alguna de derechos o situaciones existentes”³⁹.

Tanto el amparo, como la suspensión, eran improcedentes respecto de actos declarativos⁴⁰. Un ejemplo sería cuando un particular realiza a una consulta a una determinada autoridad administrativa, y esta última se concreta en su respuesta a citar textualmente ciertos artículos de alguna ley. Estamos en presencia de un acto declarativo, en tanto la autoridad, no agregó ni modificó nada del texto legal⁴¹.

I.1.3 Medida cautelar negativa, excepcionalmente positiva.

La suspensión *per se* no alcanza para otorgar tutela sumaria respecto de todos los actos reclamados. El estrecho alcance de la mera suspensión-paralización no es suficiente. Entonces surge la necesidad de que la medida cautelar amplíe sus efectos protectores, en beneficio del universo de derechos de que es titular la persona.

Para acreditar las anteriores aseveraciones observemos lo siguiente. La sentencia de amparo sí protegía respecto de actos en que la autoridad responsable hacía algo que violentaba una garantía individual (Art. 80 LA de 1936). Ese acto reclamado que existe, que actúa, tiene una medida cautelar eficaz para paralizarlo, mientras recae en su caso la sentencia que ampare y proteja en forma definitiva.

El caso es que la sentencia de amparo también protegía respecto de actos en que la autoridad se negaba a hacer o no hacía, lo que doctrinariamente se ha denominado

³⁹ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁰ Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, v. 163-168, Sexta Parte, p. 15, de rubro: ACTOS DECLARATIVOS, SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE CONTRA LOS.

⁴¹ Góngora Pimentel, Genaro, *cit.* p. 141.

actos negativos y omisiones (Art. 80 LA de 1936)⁴². Pero aquí no existía una medida o providencia por la cual, mientras se resolvía el juicio, se obligara a la autoridad a que hiciera ese algo que pide el quejoso. Aquí no es posible la suspensión-paralización, pero tampoco había medida que otorgara protección provisional al derecho.

Adicional a lo anterior, la mera suspensión era inoperante ante actos consumados. Así, existían carreras entre autoridad responsable y quejosa, la primera para consumir el acto, y la segunda para solicitar amparo y la suspensión, y como dice Arturo Zaldívar, "no es difícil adivinar que la autoridad llevaba ventaja"⁴³. Ante un evidente acto inconstitucional la suspensión era ineficaz para dar remedio provisional y sumario, albergándolo y manteniéndolo con vida dentro de un proceso para la protección del orden constitucional y las entonces llamadas garantías individuales.

Sobre tal deficiencia son demoledoras las expresiones de Ignacio Burgoa, quien sostiene la improcedencia de la suspensión, sin importar la gravedad de los actos reclamados:

*"Cuando el acto reclamado por más arbitrario, demoníaco o tiránico que se suponga y aunque revele una notoria inconstitucionalidad (cuestiones estas cuya calificación es ajena a la institución suspensiva), persigue como fin inmediato y directo algún provecho a la sociedad, bien sea procurando satisfacer una necesidad colectiva, evitar un mal público u obtener un beneficio común, la suspensión no debe concederse, ya que en caso de que se otorgase, se afectaría el interés social, cuya necesaria preservación rebasa en muchas ocasiones los límites de la jurisdicción, circunstancia ésta que sólo es motivo de invalidación del expresado acto, pero no de su paralización dentro del juicio de amparo"*⁴⁴.

La sola suspensión paralizante no mostraba armonía o coordinación con los fines del amparo, pues el hoy instrumento protector de los derechos fundamentales, se

⁴² Artículo 80.- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

⁴³ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p. 83

⁴⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 742.

mostraba incapaz de proteger en su inicio al peticionario de garantías, ante una parcialidad importante de actos reclamados.

I.1.3.1 Mutación constitucional.

José Alfonso Da Silva, nos explica que "mutaciones constitucionales son cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto"⁴⁵. Este autor argumenta que las constituciones son mutables por naturaleza⁴⁶, ya que deben adaptar su texto a la realidad política y jurídica⁴⁷. Los cambios constitucionales se realizan o por reforma o por mutación⁴⁸. Sobre nuestra institución cautelar entendemos que operó una mutación constitucional en los términos que a continuación se indican.

Por virtud de las jurisprudencias por contradicción de tesis 15/96 y 16/96 del Pleno de la SCJN, la suspensión sufrió una mutación constitucional, previendo no solo efectos paralizantes sobre el acto reclamado, sino también albergando en ella la posibilidad de anticipar provisionalmente algunos de los efectos de la sentencia, con base en el presupuesto de apariencia del buen derecho. Es decir, se aprovecha la misma institución cautelar, ampliando su protección, haciéndola avanzar, sin cambiar un ápice el texto constitucional ni legal. La fracción X del Art. 107 de la CPEUM que sufrió la mutación, quedó inalterada.

Como se indica, las jurisprudencias de cita surgieron por vía de contradicción de tesis, lo que significa que algunos de los criterios contendientes ya pujaban con anterioridad para modificar en este apartado el sistema de la suspensión, cuya mención se torna necesaria antes de entrar al análisis de aquellas, dado que se trata de sus auténticos antecedentes.

⁴⁵ Da Silva, José Alfonso, "Mutaciones constitucionales", trad. De María del Pilar Hernández, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm#N1>, numeral 8.

⁴⁶ *Ibidem*, numeral 2.

⁴⁷ *Ibidem*, numeral 2

⁴⁸ *Ibidem*, numeral 6

El primer esfuerzo para romper los alcances de la suspensión fue considerar que la clausura ejecutada era un acto de tracto sucesivo, y no consumado, como así se consideraba hasta entonces. Será el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al que pertenecía a la postre Ministro de la SCJN, Guillermo Ortiz Mayagoitia, en donde se adoptó este criterio⁴⁹.

El segundo paso capital, constituye el primer criterio judicial que incluye la apariencia del buen derecho como elemento para resolver la suspensión del acto reclamado, al considerar que se trata de un requisito que dispone la CPEUM, en cuyo Art.107 Fracción X, ordena el análisis de la naturaleza de la violación alegada. Criterio adoptado en el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, del que formaba parte Genaro Góngora Pimentel, quien con posterioridad arribaría como ministro al máximo tribunal del país⁵⁰.

El primero de los antecedentes aquí relatados contendría en la contradicción de tesis. 04/96, de la que resultó la jurisprudencia 16/96. Por su parte, el segundo antecedente participaría de la contradicción de tesis 03/96, de la que resultaría la jurisprudencia 15/96. En ambos casos, triunfó el criterio pujante.

En síntesis, con la jurisprudencia 15/96 se concluye que la suspensión es una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Así, sin dejar de observar los requisitos legales, se incorpora la apariencia del buen derecho como un elemento para su procedencia, de modo tal que, *según un cálculo de probabilidades*, sin prejuzgar sobre el fondo, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.

El anterior criterio es puntual en señalar que analizar la naturaleza de la violación alegada (Art. 107 fracción X) *significa estudiar tanto el derecho como el hecho o acto que entraña esa violación*. Puntualiza además la técnica argumentativa para resolver

⁴⁹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁰ *ibidem*. 84.

la suspensión: *la ponderación*⁵¹, respecto de la cual señala, "en el entendido de que *deberá sopesarse* con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada".

Por su parte, la jurisprudencia 16/96 define los conceptos apariencia del buen derecho y peligro en la demora, además de delimitar el efecto posible con el adelanto provisional. En cuanto al primero, "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".

En lo que refiere al segundo, "el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derecho del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo". Con sustento en lo anterior, para el caso en estudio, clausura por tiempo indefinido, concluye: "si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que implican no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado [...] el efecto de la suspensión será interrumpir el estado de clausura mientras se resuelve el fondo del asunto".

De manera esquemática con las jurisprudencias de cita, se establecen los siguientes elementos:

Jurisprudencia 15/96	Jurisprudencia 16/96
<ul style="list-style-type: none">• Se define la naturaleza jurídica de la suspensión: medida cautelar.	<ul style="list-style-type: none">• Define los conceptos apariencia del buen derecho y peligro en la demora.
<ul style="list-style-type: none">• Se establece un concepto de apariencia del buen derecho.	<ul style="list-style-type: none">• Se prevé la anticipación provisional del derecho cuestionado, en la suspensión del acto reclamado.
<ul style="list-style-type: none">• Se precisa que significa la	

⁵¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2013.p, 66

expresión "naturaleza de la violación alegada": estudiar tanto el derecho fundamental, como el acto reclamado.	
<ul style="list-style-type: none">• Se puntualiza la técnica argumentativa para resolver la suspensión: la ponderación.	

No obstante que la suspensión sufrió una modificación jurisprudencial revolucionaria, no fueron aplicadas como se esperaba, pues se cayó en el error de considerar que dichos criterios eran aplicables sólo para el caso de clausura⁵², y un sector importante de la doctrina entendió que los nuevos elementos, apariencia del derecho y peligro en la demora, serían aplicados sólo para paralizar, olvidando el estudio de la anticipación provisional que se incorporó. De esta suerte, Genaro Góngora, Juventino Castro y Raúl Chávez⁵³, a pesar de realizar estudios en la primera década de este siglo, seguían explicando una medida cautelar solamente conservativa.

Aún permea entre nosotros la necesidad de que las instituciones jurídicas sean reguladas desde la ley, por lo que esos criterios judiciales habrían de ser llevados a nuestros ordenamientos jurídicos, CPEUM y LA.

I.1.4 Reformas constitucionales de junio de 2011.

El seis y diez de junio de dos mil once tuvieron lugar dos reformas constitucionales, cuya relevancia es tal que con ellas se dio apertura a la décima época de la jurisprudencia en nuestro país el cuatro de octubre de esa anualidad⁵⁴. La primera en materia de amparo y la segunda en derechos humanos.

⁵² Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.* p. 89.

⁵³ Chávez Castillo, Raúl, *Juicio de Amparo*, 11ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 254.

⁵⁴ Con las reformas constitucionales de junio de dos mil once, el cuatro de octubre de esa anualidad se abre la décima época de la jurisprudencia en México, la cual es un signo distintivo de que estamos en presencia de un acto trascendente en el sistema jurídico mexicano. Las primeras cuatro épocas

En la reforma de diez de junio de dos mil once se modificaron once artículos de la CPEUM – 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105-, en los que sustantivamente se colocó como vértice de todo el sistema jurídico los derechos humanos de que es titular toda persona en los Estados Unidos Mexicanos. Así, se pasó de “otorgar garantías individuales” a “reconocer los derechos humanos”; se instituyó el principio pro persona, la interpretación conforme, el control difuso de la constitucional, todos en materia de derechos humanos; se amplió el catálogo de causas por las que se discrimina o categorías sospechosas⁵⁵ –incluyéndose la discriminación por preferencias sexuales- (Art. 1); la educación (art. 3) y el sistema penitenciario (Art. 18) deben tener por base la promoción y respeto a los derechos humanos; se dispone que ciertos derechos fundamentales no pueden ser objeto de suspensión aún en estado de emergencia (Art. 29).

Por su parte la reforma en materia de amparo modifica los artículos 103 y 107 de la CPEUM, en cuya primera disposición se establece la procedencia del amparo y en la segunda se instituyen sus bases. Antes de la reforma de cuenta el amparo era procedente en contra de actos y leyes que violentaran las garantías individuales otorgadas en la CPEUM. Por virtud de la reforma ahora el amparo es procedente en contra de normas generales – en el que la ley es una de sus especies- actos y omisiones, por violación a derechos humanos, previstos tanto en la CPEUM como en los tratados internacionales de los que México es parte, lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad y convencionalidad⁵⁶.

Nuestro juicio constitucional hasta entonces tenía una estructura cimentada bajo figuras procesales que se consideraron verdaderos dogmas, principios absolutos e inmutables que definían su naturaleza jurídica. Así el amparo se regía entre otros por

llamadas “históricas” son ubicadas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1917. Con esta última se abre la quinta época; “siguieron la sexta época (1957-1968), la séptima época (1969-1987); octava época (1988-1994); novena época (1995-2011);” y la décima época ya descrita. Almanza Vega, Rigoberto Delfino, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. XIV.

⁵⁵ *Ibidem*, p.28.

⁵⁶ Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Rubén Sánchez Gil, *op.cit.*, p. 367.

los principios de interés jurídico, relatividad de las sentencias de amparo y suspensión del acto reclamado con efectos conservatorios.

México es reconocido por haber aportado al mundo el juicio de amparo⁵⁷. La historia de nuestra garantía procesal por antonomasia da cuenta en general que la doctrina se concretó a contemplar y admirar la magnanimidad del amparo, considerándolo una obra acabada, a la que solo podía describirse. Cualquier intento por modificar alguno de sus principios estructurantes fue ferozmente atacado y eclipsado de inmediato, acusándose de sacrilegio o desnaturalización⁵⁸. Ejemplo de ello es que hubo resistencia a observar el curso que el amparo tenía en el derecho comparado⁵⁹, amurallándonos ante los adelantos que existían en otras latitudes.

El Art. 107 Constitucional reformado establece las bases de un nuevo juicio de amparo. Además del interés jurídico ahora se agrega la posibilidad de accionar en aras de un interés legítimo individual o colectivo; se dispone el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad por la SCJN; el amparo adhesivo; la instauración de Plenos de Circuito en relación con la creación de jurisprudencia; entre otras cuestiones⁶⁰. Respecto de la institución cautelar se establece la suspensión ponderativa.

⁵⁷ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, "El Juicio de Amparo Hoy", México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 55. Consultado el día diez de julio del dos mil trece <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/5.pdf>.

⁵⁸ Cossío Díaz, José Ramón, "Los procesos de creación del nuevo juicio de amparo", en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 2.

⁵⁹ Don Genero David Góngora Pimentel nos cuenta una historia personal que ilustra lo aquí apuntado: "Cuando me encontraba en el trance de elaborar mi tesis profesional para poder obtener el título de licenciado en derecho, platiqué con el director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo, el Maestro Don Ignacio Burgoa, quien con mucha precisión me preguntó: ¿A ver compañero traduce usted italiano? – No maestro- ¿Traduce usted alemán?- Tampoco Maestro- ¿Traduce usted francés?- No maestro- Entonces el gran hombre dijo- yo tampoco y nunca me ha hecho falta – También agregé,- nosotros tenemos en México una doctrina jurídica sobre el juicio de amparo y no tenemos por qué abreviar en tesis extranjeras" De Alba De Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, 3ª. Ed., México, Porrúa, 2012, p. XV.

⁶⁰ Almanza Vega, Rigoberto Delfino, *op.cit.*, p. XIV.

I.1.4.1 La suspensión ponderativa.

La suspensión del acto reclamado también sufrió modificaciones sustantivas. La Fracción X del Art. 107 estatuye constitucionalmente la suspensión ponderativa⁶¹ y la apariencia del buen derecho como elemento para su procedencia. Hasta entonces su origen era jurisprudencial, derivado de una interpretación a la expresión "naturaleza de la violación alegada". A partir de la reforma de mérito adquiere la calidad de requisito de rango constitucional, autónomo de la citada expresión, lo cual resulta sumamente relevante, pues ahora se trata de dos conceptos distintos, lo que impacta en la configuración del sistema de la suspensión como lo abordaremos en su oportunidad (*Infra* IV.2.2.3.1).

Posicionar la apariencia del buen derecho tiene consecuencias importantísimas para conceder o negar la suspensión. Se pasa de una forma avalorada-abstracta de analizar el acto reclamado y el derecho fundamental, a una forma valorada-concreta.

Con la anterior regulación la suspensión se concedía o negaba al analizarse si se cumplían los requisitos legales. De esta suerte, no se analizaba la trascendencia e importancia del acto reclamado, pues solo se toma en cuenta su naturaleza exterior o formal, para determinar si el acto era suspendible o no. Es así que el juzgador solo tenía que observar de forma abstracta el acto reclamado, para concluir si este era positivo o negativo, *latu sensu*, de ahí que esta forma de resolver se denominara avalorada-abstracta⁶².

Estudiar la apariencia del buen derecho, significa realizar un examen preliminar sobre la inconstitucionalidad del acto reclamado y de la probable existencia del derecho fundamental, lo que lleva a analizar el caso concreto, descansando en sus particularidades. Esta forma se denomina valorada-concreta⁶³.

⁶¹ Sánchez Gil, Rubén, "La suspensión ponderativa", *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012, p. 587.

⁶² De Alba De Alba, José Manuel, *op.cit.*, p. 104.

⁶³ *Ibidem.*, p.105.

Sin embargo es importante no perder de vista que el amparo es un medio que controla la constitucionalidad en principio, de actos de órganos del Estado⁶⁴, actos que se realizan en el desempeño de la función pública y que gozan de la presunción de realizarse para una finalidad de orden público e interés social.

De ahí que la apariencia del buen derecho tenga que contender en cada caso concreto con el interés social y las disposiciones de orden público, a través de la técnica de la ponderación, la cual es la forma de solucionar la colisión de principios en el actual derecho constitucional⁶⁵, que aquí lo será de los intereses y las posiciones jurídicas en pugna⁶⁶.

I.1.5 Ley de Amparo de 2013.

Catorce años después de que la SCJN lanzara una convocatoria a la comunidad jurídica nacional para la elaboración de una legislación de amparo⁶⁷, el dos de abril del dos mil trece se publicó y entregó en vigor la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que abroga a su antecesora y que instituye un nuevo juicio de derechos fundamentales⁶⁸, estructurado bajo nuevos paradigmas.

I.1.5.1 Medida cautelar negativa y positiva.

La LA de 2013 en buena medida adopta la confección jurisprudencial que se tenía de la suspensión del acto reclamado. Establece una estructura y contenido diverso al

⁶⁴ Se matiza de esta manera, porque hoy se habla del llamado amparo contra particulares, que en nuestra apreciación se trata de particulares que realizan actos equiparados a los de autoridad pública. Art. 5 Fracción II, segundo párrafo de la LA.

⁶⁵ Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.) *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4ª, México, 2014, p.

⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p.62.

⁶⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *op.cit.*, p. 2.

⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p. 3.

que se tenía con su antecesora. Arturo Zaldívar integrante de aquella comisión designada por la SCJN para elaborar el proyecto para una nueva ley en la materia, nos esboza que son tres las innovaciones legislativas:

I.- *"Privilegiar la discrecionalidad de los jueces"*. Entendida como discrecionalidad interpretativa. Dada la dinámica social, la historia ha demostrado que la legislación es incapaz de prever todas las soluciones a los problemas que se presentan en la sociedad, de ahí "la necesidad de que los grandes conceptos sean realizados y actualizados por los órganos encargados del control constitucional"⁶⁹.

II.- *Otorgar al juez la facultad para "solicitar documentos y ordenar diligencias para resolver sobre la suspensión definitiva"*⁷⁰. Ello a efecto de establecer un sistema equilibrado, que permitan la protección de los derechos humanos, pero sin que el juzgador sea engañado por las partes⁷¹.

III.- *Incorporar legislativamente la apariencia del buen derecho como requisito para la procedencia de la suspensión*. Acontecimiento que nuestro autor califica como "uno de los más importantes avances contenidos en el proyecto de la nueva ley de amparo, ya que constituye un nuevo paradigma en la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados en los sistemas jurídicos avanzados"⁷².

Paradigma cuya trascendencia nos parece, no ha sido explicado en la mayor de sus bondades. Desde las jurisprudencias 15/96 y 16/96 y como requisito constitucional y desde la legislación, la apariencia del buen derecho se convierte en el concepto central de la suspensión, pero ha sido visualizando únicamente para efectos conservativos.

El gran avance de la medida cautelar del amparo, es que ahora se convierte en una medida cautelar amplia, acorde con la tendencia actual en la materia, para mutar de medida negativa con efectos estrictamente paralizantes —excepcionalmente restitutorios—, a la posibilidad de ser también una medida cautelar positiva, según lo requiere la naturaleza del acto reclamado.

⁶⁹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, 92.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Ibidem*, pp. 93 y 94.

Contrario a quienes argumentan que el efecto positivo es excepcional⁷³, en nuestro concepto, la suspensión admite como regla general cualquiera de los dos efectos antes citados, cuyo fundamento es el Art. 147° de LA que por su importancia ahora se transcribe:

Artículo 147. En los casos en que la suspensión sea procedente, el órgano jurisdiccional deberá fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, pudiendo establecer condiciones de cuyo cumplimiento dependa el que la medida suspensiva siga surtiendo efectos.

Atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.

Aún y cuando desde el primer párrafo, con un argumento teleológico y evolutivo pudiera desprenderse una medida cautelar positiva, el fundamento de esta lo es el segundo párrafo del citado dispositivo legal, que establece la restitución provisional en la suspensión del acto reclamado. Si bien es cierto en la porción normativa se utiliza el término "restablecer", en lugar del de "restitución" como lo trataba el proyecto elaborado por la Comisión de la SCJN, en opinión de unos de los integrantes se trata de términos similares⁷⁴.

Se trata de adelantar y acelerar en la medida cautelar, la decisión que el juez habría de emitir en la sentencia, pero con efectos provisionales. Y si la suspensión provisional se puede conceder en veinticuatro horas (Arts. 115 y 138 LA) y la definitiva en cinco días (Art. 138 Frac. II y 144), estamos incursionando en el ámbito de la justicia provisional y ante un verdadero amparo inmediato de carácter provisional.

Es lo anterior lo revolucionario de la suspensión del acto reclamado en la ley de 2013, lo que la convierte en nuevo paradigma en la protección de los derechos

⁷³ Chávez Castillo, Raúl, *Nueva ley de amparo, comentada*, 6ta Ed., México, Porrúa, 2014, p. 512; Díaz Díaz, Alberto, "La suspensión en el juicio de amparo", en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 328.

⁷⁴ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p. 99

fundamentales en nuestro país, innovación que no ha llamado suficientemente la atención de los primeros estudios realizados en la materia a partir de la entrada en vigor de la ley.

Es así, que aún y cuando las dos aportaciones que ahora queremos subrayar, se subsumen en la apariencia del buen derecho, con el fin de maximizar las innovaciones constitucionales y legales en la suspensión, ahora ampliamos la tríada expuesta por Arturo Zaldívar, para incorporar las siguientes:

III.1 La suspensión con efectos positivos, en su modalidad de restitución provisional del derecho fundamental que el quejoso alegado violado.

III.2 La ponderación como técnica de la suspensión, para resolver en cada caso concreto la posible colisión entre apariencia del buen derecho y el interés social y disposiciones de orden público.

El efecto restitutorio provisional es posible en la actual LA, sin embargo aún queda pendiente de profundizar en los supuestos o elementos para su procedencia, lo cual es el propósito de esta investigación.

CAPITULO II: ACTUALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO.

II. 1 Clasificación.

Existen diversos tipos de suspensión del acto reclamado y no solo una. Así como se afirma que el amparo aglutina diversos instrumentos de control⁷⁵, de igual manera es dable afirmar que existe una federación de suspensiones del acto reclamado. Cada suspensión tiene elementos específicos, aunque todas unidas bajo una misma naturaleza jurídica⁷⁶.

Para los efectos de exposición de este capítulo es importante iniciar con el desarrollo de las diversas suspensiones que existen, exponer su tipología, pues conocerla permite identificar sus elementos como se verá en cada apartado, e incluso ayudará para determinar en cuál de ellas es posible el efecto restitutorio provisional que nos interesa.

Compartimos el argumento que para establecer un concepto de alguna medida cautelar, se debe atender más que a un criterio ontológico, a uno teleológico, interesando más el que se busca o se persiga con ella, que el conseguir un concepto abstracto que delimite su ser⁷⁷.

De esta manera, sucesivamente se abordará la clasificación, finalidad, concepto, naturaleza jurídica, presupuestos y características de la suspensión del acto reclamado.

La primera gran clasificación es por quien la acciona, si el mismo juez, para ser de oficio, o si la solicita el quejoso.

⁷⁵ Fix Zamudio, Héctor, *op.cit.*, pp. 30 y 31, numerales 41, 42 y 43.

⁷⁶ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 188.

⁷⁷ Piero Calamandrei citado por González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 80.

II.1.1 De oficio.

Esta clase de suspensión la debe conceder el órgano jurisdiccional de amparo, sin que sea necesaria la petición del quejoso⁷⁸. Se trata de casos de extrema urgencia⁷⁹ a los que la legislación ordena suspender de inmediato. La anterior codificación de amparo establecía que la suspensión de oficio se otorgaba siempre de plano, sin embargo, hoy la LA establece que la suspensión de oficio puede decretarse de plano o sustanciarse en vía incidental (artículos 126 y 127).

II.1.1.1 Amparo indirecto.

II.1.1.1.1 De plano.

Significa que la suspensión debe concederse en la primera actuación del órgano jurisdiccional de amparo, incluso antes de la admisión de la demanda⁸⁰, sin sustanciación incidental posterior. Esta clase puede decretarse tanto en el juicio de amparo indirecto, como en el directo.

En términos de lo dispuesto por el Art. 126 la suspensión de oficio y de plano en el amparo indirecto procede cuando los actos reclamados sean los siguientes:

- a) Cuando se trate de actos que importen el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la

⁷⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.* p. 720.

⁷⁹ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 82.

⁸⁰ Tesis aislada: I.14°A.1 K (10°), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. II, p. 1676, de rubro: SUSPENSIÓN DE PLANO Y DE OFICIO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 126 DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013. EL JUZGADOR PUEDE PROVEER SOBRE SU OTORGAMIENTO AUN CUANDO NO HAYA ADMITIDO A TRÁMITE LA DEMANDA, AL HABER PREVENIDO AL QUEJOSO QUE LA ACLARE.

incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Área Nacionales⁸¹. (primer párrafo).

- b) Cuanto se trate de actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a los núcleos de población ejidal o comunal. (tercer párrafo).

El efecto de la suspensión es que cesen los efectos del acto reclamado⁸².

II.1.1.1.1 Casos tazados.

El legislador consideró necesario establecer supuestos tazados para la procedencia de la suspensión de oficio y de plano, los cuales se señalan en el anterior inciso a), y que se encuentran previstos en el párrafo primero del Art. 126 de la Ley de Amparo.

En el Art. 123 de la anterior LA solo se contemplaban los supuestos relativos a los actos que importen el peligro de privación de la vida, deportación, destierro y algunos de los prohibidos por el Art. 22 de la CPEUM. El nuevo fundamento legal, ahora incorpora ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, expulsión, proscripción, extradición, desaparición forzada de personas e incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales.

La gravedad de los actos, por su naturaleza material⁸³, hizo necesario establecerlo desde la ley, cuya definición particular es la siguiente⁸⁴:

- **Deportación.-** Es la expulsión de un extranjero del territorio mexicano.
- **Destierro.-** Es la expulsión de un mexicano del territorio nacional.
- **Mutilación.-** Significa cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente.
- **Infamia.-** Se considera descrédito, deshonra, maldad, vileza en cualquier línea.

⁸¹ Chávez Castillo, Raúl, *Nueva ley de amparo...cit.*, p. 473.

⁸² Chávez Castillo, Raúl, *Derecho procesal de amparo conforme a la nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2014, p. 349.

⁸³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 720

⁸⁴ Monarque Ureña Rodolfo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo, planteamiento esquemático, nueva ley de amparo de abril del 2013*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2015, pp. 38-41.

*La suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia*

- **La marca.-** Es la señal en una persona, animal o cosa, para distinguirla de otra, o denotar calidad o pertenencia.
- **Los azotes.-** Es el golpe dado en el azote; aflicción, calamidad, castigo grande; pena que se imponía a ciertos criminales.
- **Los palos.-** Castigo que se le impone a una persona, a base de golpes con cualquier objeto contundente.
- **Confiscación de bienes.-** La apropiación violenta por parte de la autoridad, de la totalidad de los bienes de una persona o de una parte significativa de los mismos, sin título legítimo y sin contraprestación.
- **Desaparición forzada de personas.-** De acuerdo con la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en la ciudad de Belem, Brasil, el día 9 de Junio de 1994 en su artículo II, consiste en la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes⁸⁵.

Esta suspensión la pueden decretar dos diferentes tipos órgano jurisdiccional. En el primer caso, la autoridad que tiene jurisdicción para admitir la demanda y pronunciar sentencia: el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario (Art. 35 LA).

El segundo supuesto se refiere a la llamada competencia auxiliar⁸⁶, prevista en el Art. 159 de la LA, en la cual ante la ausencia de Juzgado de Distrito en el lugar donde tiene residencia la autoridad responsable, el juez ordinario de primera instancia o alguna autoridad jurisdiccional, tiene facultad para recibir la demanda, ordenar la suspensión del acto reclamado hasta por setenta y dos horas y remitir de inmediato al Juzgado de Distrito competente. La suspensión se otorga en el auto en que actúa la autoridad auxiliar de amparo. Esta competencia únicamente se surte cuando el acto reclamado es alguno de los previstos en el Art. 15 de la LA.

⁸⁵ Chávez Castillo, Raúl, *Nueva ley de amparo, cit.*, p. 474.

⁸⁶ Chávez Castillo, Raúl, *Derecho procesal... cit.*, p. 347. En términos igualitarios está previsto en el Art. 329 del Código Penal para el Estado de Nayarit.

II.1.1.1.1.2 Materia agraria.

La suspensión se decretará de oficio y de plano en el propio auto que radique la demanda cuanto se trate de privar de forma total o parcial, temporal o definitiva, derechos agrarios de los núcleos de población ejidal o comunal.

II.1.1.1.2 Vía incidental.

Esta es una innovación de la LA. La tramitación incidental era exclusiva de la suspensión a petición del quejoso en la anterior legislación. Ahora el Art. 127 de la LA establece que "el incidente de suspensión se abrirá de oficio y se sujetará en lo conducente al trámite previsto para la suspensión a instancia de parte, en los siguientes casos:

- I. Extradición; y
- II. Siempre que se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado".

La suspensión de oficio de trámite incidental debe acordarse en todo caso en el cuadernillo incidental y no el principal⁸⁷, otorgándose en su caso una *suspensión provisional*; sustanciarse en todos sus términos el incidente respectivo, en cuya audiencia las partes podrán ofrecer pruebas y alegar, concluyendo con sentencia interlocutoria la que bien pudiéramos denominar *suspensión definitiva*.

En ambos casos se omite calificarla de oficio, porque no es obligatorio para el juzgador concederla, sino que es precisamente el quejoso quien debe acreditar el cumplimiento de los requisitos de procedencia. Se dice lo anterior, porque el Art. 127 establece que el incidente de suspensión que se abra de oficio, "se sujetará en lo conducente al trámite previsto para la suspensión a instancia de parte".

⁸⁷ Díaz Díaz, Alberto, *op.cit.*, p. 324.

En el capítulo cuarto de esta investigación expondremos el procedimiento y trámite de la suspensión a petición de quejoso, reglas que en lo conducente son aplicables a la adicionada suspensión de oficio de trámite incidental.

Por lo que corresponde a la extradición, esta se encuentra prevista tanto en los supuestos de la suspensión de oficio y de plano, como en la suspensión de oficio de trámite incidental. Al respecto existen dos posturas. La primera señala que en observancia al principio *pro persona* debe elegirse la protección más amplia, que al caso lo es optar por la suspensión de oficio y de plano, pues la suspensión no estaría condicionada a la resolución del incidente cautelar. La segunda postura refiere que se regulan supuestos distintos: cuando se combate la extradición por ser violatoria en sí misma, tiene lugar la suspensión de oficio y de plano, y; cuando se controvierte la calificación de su legalidad, se surte la procedencia de la suspensión de oficio de trámite incidental⁸⁸. De nuestra parte, compartimos la segunda de las propuestas, ello porque la doctrina ha señalado con anterioridad que existen actos reclamados inconstitucionales en sí mismos y algunos otros que lo son por las circunstancias que lo rodean⁸⁹. Los primeros están previstos en los supuestos de la suspensión de oficio y de plano, dentro de los que ahora se incluye la extradición. Así, cuando la extradición se reclama por sí misma, deberá concederse de plano, y cuando se combate su legalidad, esto es, sus circunstancias, sujetas a prueba, tendrían trámite incidental.

II.1.1.2 Amparo directo.

El amparo directo es procedente en contra de sentencias, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio (Art. 170 Frac. I LA). La suspensión del acto reclamado es resuelta de plano por la autoridad responsable, sin sustanciación incidental posterior

⁸⁸ Por cuanto hace la primer postura se cita resolución del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el expediente de queja 59/2014-XI; la segunda postura por resolución del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el expediente de queja 51/2014-I-B, en Díaz Díaz, Alberto, *op.cit.*, , p. 326. P

⁸⁹ Góngora Pimentel en González Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006, p. 144.

-Art. 190-, surtiendo sus efectos únicamente respecto de la paralización de la ejecución del acto reclamado⁹⁰. Procederá de oficio en materia penal -Art. 191-, y a petición de parte en las demás materias.

II.1.2 A petición del quejoso.

II.1.2.1 Amparo indirecto.

Del Art. 124 de la anterior LA se desprende que esta suspensión recibía el nombre de suspensión a petición de agraviado. La doctrina la denominaba suspensión a petición de parte. Ambas son incorrectas. Denominar suspensión a petición de agraviado nos parece que se prejuzga la calidad inicial con que parte el quejoso en el juicio, tal y como era impropio denominar tercero perjudicado, a quien hoy atinadamente es el tercero interesado. De igual manera no es propio referir suspensión a petición de parte, porque partes en el proceso son el quejoso, el tercero interesado, el ministerio público federal y la autoridad responsable, en términos de lo dispuesto por el Art. 5 de la LA. De esta manera, el actual Art. 128, salva dichas inconsistencias, denominándola con propiedad técnica: suspensión a petición del quejoso, única parte que la puede solicitar.

La procedencia de la suspensión a petición del quejoso se obtiene por un principio de exclusión, es decir, lo que no sea susceptible de suspenderse de oficio, puede hacerse por petición de la parte quejosa, si concurren los requisitos de procedencia y de continuidad. A su vez, la suspensión a petición del quejoso admite una subclasificación, en suspensión provisional y suspensión definitiva.

Con apoyo en un argumento topográfico, es decir, por el lugar en que se encuentra la disposición normativa que establece la posibilidad del efecto restitutorio provisional, en principio se pudiera concluir que este tiene lugar únicamente en la suspensión definitiva de la suspensión a petición del quejoso, sin embargo, en nuestro concepto

⁹⁰ Aguilar López, Miguel Ángel, "La suspensión del acto reclamado", en Ortiz, Luis Noé (coord.), *Estudios sobre el nuevo juicio de amparo*, México, INADEJ, 2015, p.230.

es extensivo a la suspensión provisional, pues el Art.157⁹¹ señala que le serán aplicables en lo conducente, las normas de la suspensión definitiva.

El trámite, requisitos y efectos de la suspensión a petición del quejoso en el amparo se desarrollará profundidad en el capítulo cuarto de la investigación.

II.1.2.2 Amparo directo.

Como se señaló con anterioridad, cuando el acto reclamado es una sentencia, laudo o resolución que ponga fin al juicio, en materias no penales, la suspensión tiene que solicitarse por la parte quejosa. La medida cautelar la tiene que decidir la autoridad responsable dentro del plazo de veinticuatro horas –Art. 190 segundo párrafo-.

II.2 Finalidad y efectos.

Al pertenecer al orden cultural⁹², el derecho es un instrumento que busca alguna utilidad para el ser humano. Por cuanto hace a la suspensión el acto reclamado, esta tiene una doble finalidad: desde un cuadro procesal o adjetivo, tiene por objeto conservar la materia del juicio, lo que significa asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria⁹³ y; desde la perspectiva de la tutela de los derechos o en un aspecto sustantivo, proteger provisionalmente el derecho fundamental, evitando que sufra perjuicios de imposible o difícil reparación, mientras se dicta sentencia⁹⁴.

En la suspensión de oficio encontramos la finalidad en el Art. 127 fracción II LA, en la expresión *“siempre que se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado”*, pues

⁹¹ Art. 157.- En lo conducente, se aplicará al auto que resuelve sobre la suspensión provisional lo dispuesto para la resolución que decide sobre la suspensión definitiva.

⁹² Burgoa Orihuela, *op.cit.*, p. 730.

⁹³ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 163.

⁹⁴ Existe criterio que recoge esa doble finalidad, “en lo *adjetivo*, que el juicio de amparo indirecto pierda su materia y, en lo *sustantivo*, que la ejecución del acto, inminente o presente, genere una afectación irremediable a los derechos del quejoso”, Tesis: IV.2o.A.62 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, julio de 2014, t. II, p. 1311.

evitar se consume el acto, de imposible reparación en la sentencia, equivale a conservar la materia.

Por lo que ve a la suspensión a petición del quejoso, en la regulación de la provisional, en el Art. 139, de la expresión "ni quede sin materia el juicio de amparo", se extrae esta finalidad conservativa de la suspensión.

En lo que hace a la suspensión definitiva, expresamente se señala la finalidad de conservar la materia del juicio hasta la terminación del juicio, tal y como se previene del Art. 147 de LA.

Tront Petit, asegura existen otras finalidades en la suspensión, las cuales más que estas, nos parecen los efectos que se consiguen: a) manteniendo las cosas en el estado que guardan – el *status quo*-, b) restableciendo un estado o creando uno nuevo⁹⁵.

La finalidad de las medidas cautelares logra un efecto en el derecho material. Tradicionalmente se ha tenido una "*concepción restringida del concepto de medidas cautelares*"⁹⁶, señalando que estas solo pueden tener efectos conservativos o asegurativos. Sin embargo, como puede ya apreciarse de las finalidades arriba descritas, el derecho de amparo en México adopta una "*concepción amplia del concepto de medidas cautelares*"⁹⁷, la cual argumenta que además de conservar, medida negativa, también pueden tener por efecto un dar o hacer, medidas positivas. A decir de Arturo Zaldívar, en gran medida esta innovación estuvo influida por los avances del derecho comparado⁹⁸.

Consecuentemente, las medidas cautelares negativas son "determinaciones prohibitivas o restrictivas que evitan o suspenden la ejecución de un acto",

⁹⁵ Tron Petit, Jean Claude, *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, 4ª Ed., México, Themis, 2003, p. 372.

⁹⁶ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 79

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ González Chévez, Héctor, *op.cit.* pp. 91-105.

conservando o asegurando el derecho⁹⁹. Por su parte, en las medidas cautelares positivas se anticipa la prestación solicitada¹⁰⁰.

II.3 Concepto.

Llegados aquí, estaríamos en condiciones de buscar o reconstruir un concepto de la suspensión, que tomen el efecto restitutorio que nos ocupa. Compartimos con Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil que a la suspensión con efectos paralizantes ahora podemos calificarla como suspensión *strictu sensu*¹⁰¹. De esta idea nosotros inferimos que existe una suspensión *latu sensu* que acoge dos tipos de medidas cautelares, una negativa y una positiva.

Es así que los conceptos confeccionados bajo la anterior ley de amparo pueden válidamente servirnos para la suspensión *strictu sensu*. Por el nuevo efecto positivo, ahora señalaremos dentro de la doctrina cual nos parece se acerca a un concepto *latu sensu*, y dejar constancia nuevamente de uno de la suspensión *strictu sensu*.

De igual manera construiremos un concepto de la suspensión *latu sensu* desde la perspectiva de la tutela de los derechos, posición de pensamiento que será expuesta en apartado relativo de la naturaleza jurídica.

II.3.1 Suspensión *latu sensu*: una definición estipulativa.

Al citar a Ignacio Burgoa se dejó constancia de la definición de la palabra suspensión. Sin embargo, dentro del ámbito legislativo y jurisdiccional, se recurre a las definiciones estipulativas que "o bien transforman el significado usual de los

⁹⁹ Tron Petit, Jean Claude, *op.cit.*, p.374.

¹⁰⁰ González Chévez, Héctor, *op.cit.* p 375.

¹⁰¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p. 68.

términos atribuyéndoles otro diferente más restringido o amplio que aquél o bien proporcionan el significado de un término nuevo no utilizado en el lenguaje vulgar”¹⁰².

Se participa con Burgoa que de acuerdo a la semántica, el fenómeno suspensivo solo debe operar sobre actos positivos. Pero, la funcionalidad de la principal medida cautelar en el amparo obligó a mutarla, para que hospedara a otra, a pesar de las contradicciones semánticas. El jurista tiene más herramientas que la simple interpretación literal, pues la interpretación jurídica permite realizarla sistemática, teológica, histórica, pragmática, a partir de principios generales de derecho, entre otras¹⁰³.

De la funcionalidad de la norma y con la LA de 2013, resulta que en el derecho de amparo el término suspensión tiene un significado más amplio que el utilizado en lenguaje común. No sólo se paraliza, sino que también se puede obligar a hacer provisionalmente a la autoridad responsable.

Las definiciones estipulativas nos son más comunes de lo que primera instancia pudiéramos imaginar. Recuérdense expresiones como “alimentos” del derecho familiar, “dar vista” o “actor” en el derecho procesal. Para las personas ajenas al lenguaje del derecho, evidentemente la primera expresión es comida, la segunda le resultaría un tanto extraño pues ¿Cómo se da vista a una persona? ¿Con unos lentes?, y para la tercera, invariablemente vendría a su mente una persona que actúa en el teatro, cine o televisión.

Así, hoy en día debemos tener un concepto de la suspensión *latu sensu*, que albergue los dos efectos posibles, lo que constituye una definición estipulativa, dado que amplía los alcances que el vocablo tiene en el lenguaje común. Para este propósito, dejaremos constancia conceptual desde dos perspectivas, de las medidas

¹⁰² Esquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 64.

¹⁰³ Para una explicación de la tipología de la argumentación jurídica véase Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación, elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 6ª Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 473-775.

cautelares y de la tutela de los derechos, pues con esa metodología es abordado en el epígrafe de la naturaleza jurídica de este capítulo.

Por lo que hace a una definición *latu sensu* desde la perspectiva de las medidas cautelares, tomamos la que nos proporciona González Chevez, que sin explicitar los efectos negativo-paralización o positivo-restitución, se pueden comprender en ella. Sin embargo, dicha definición sería adicionada por nuestra parte, pues la suspensión como hemos dicho no solo protegería respeto de la ejecución del acto reclamado, sino también ante la inactividad de la autoridad responsable, por lo que haríamos el señalamiento respectivo.

“La suspensión del acto reclamado en amparo es una medida cautelar prevista por la Constitución, que tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria que se pronuncie en amparo, así como la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el agraviado, durante la pendencia del proceso, con la ejecución del acto reclamado o sus efectos”¹⁰⁴.

Concepto que compartimos en parte, pues se asienta el género al que pertenece – medida cautelar-, su diferencia específica – prevista por la Constitución para el acto reclamado en amparo-, así como la doble finalidad que atribuye el autor a la suspensión – primero, asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, y segundo, evitar daños y perjuicios al agraviado durante la pendencia del proceso.

La observación sería que dichos daños y perjuicios no sólo pueden ser por la ejecución del acto reclamado, sino también por su inejecución, cuando se trata por ejemplo de una omisión, de ahí que deba adicionarse para contemplar ambas conductas, para quedar de la siguiente manera:

“La suspensión del acto reclamado en amparo es una medida cautelar prevista por la Constitución, que tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria que se pronuncie en amparo, así como la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños y perjuicios de imposible o difícil

¹⁰⁴ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 160.

*reparación para el agraviado, durante la pendencia del proceso, con la ejecución¹⁰⁵
[o inejecución del acto reclamado, o sus efectos.]*

El siguiente concepto, si explicita los efectos posibles de la suspensión:

"Medida cautelar que otorga la autoridad que conoce el amparo o la autoridad responsable, donde ordenan las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo, mismas que pueden ser de efectos suspensivos, restitutorios u obligatorios, y evitar así, perjuicios de imposible o difícil reparación para el quejoso"

Concepto que nos parece apropiado pues se asienta el género – medida cautelar – diferencia específica – medida cautelar de amparo-, la doble finalidad – la adjetiva de conservar la materia del amparo y la sustantiva de evitar perjuicios de imposible o difícil reparación para el quejoso- y los efectos – suspensivos o restitutorios-. La única observación es que hoy en día los efectos suspensivos no sólo son paralizantes, por lo que con más propiedad técnica los efectos son paralizantes y restitutorios provisionales. Con esos elementos, un concepto más acabado y actualizado de nuestra parte, es el siguiente.

Medida cautelar que otorga la autoridad que conoce el amparo o la autoridad responsable, en la que de satisfacer la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y de no afectarse en grado mayor el interés social, se ordenan medidas para conservar la materia del amparo, que pueden ser de efectos paralizantes o restitutorios provisionales.

La suspensión del acto reclamado desde la óptica de la tutela de los derechos, es una especie de ellas, que puede ser tutela cautelar o tutela satisfactiva anticipada – provisional- de acuerdo al derecho material cuya realización se pretende en cada caso concreto, lo que nos permite esbozar el siguiente concepto:

Es una tutela jurisdiccional en el amparo, que en forma sumaria, ante el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho, de no afectarse en grado mayor el interés social, asegura o realiza provisionalmente el derecho cuya protección solicita el quejoso, mientras dura el juicio de amparo.

¹⁰⁵ *Idem.*

II.3.2 Suspensión *strictu sensu*.

Por su parte, para la suspensión *strictu sensu* nos podemos remitir a los términos expuestos por Ignacio Burgoa, aunque ahora nos parece oportuno traer a colación el concepto que desarrolla Arturo Serrano, cuyos efectos son bastantes ilustrativos de acuerdo al momento en que alcanza a tener operatividad la medida:

La suspensión es "la paralización, la detención del acto reclamado, de manera que si éste no se ha producido, no nazca; y, si ya inició, no prosiga, no continúe, que se detenga temporalmente, que se paralicen sus consecuencias o resultados, que se evite que éstos se realicen"¹⁰⁶.

II.4 Naturaleza jurídica.

II.4.1 Como medida cautelar.

Después de la controversia doctrinal que hemos dado cuenta en el primer capítulo de esta investigación (*Supra* I.1.2.1), hoy es un lugar pacífico concluir que la suspensión del acto reclamado es una medida cautelar. Nominalmente así lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina, pero más allá de esto, por su composición legal, esa es su naturaleza jurídica, pues comparte con las de su género, finalidades, efectos, presupuestos y características.

Corresponde a Fix Zamudio el mérito de la reivindicación procesal del juicio de amparo¹⁰⁷. En el caso de la suspensión, será quien apunta con toda claridad su naturaleza jurídica, indicando que "es indudable que la suspensión de los actos reclamados en amparo constituye una providencia cautelar, en cuanto significa anticipar provisionalmente algunos efectos de la sentencia, siendo que puede tener

¹⁰⁶ Citado por Tron Petit, Jean Claude, *op.cit.*, p. 380.

¹⁰⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, .p.9.

no sólo efectos conservadores y paralizantes, sino también constitutivos y aún restitutorios¹⁰⁸.

De lo anterior, se desprende, que las medidas cautelares, pueden ser tanto conservativas, como restitutorias. Ya desde 1931 Piero Calamandrei clasificaba las providencias cautelares en cuatro tipos, a saber: a) providencias instructorias anticipadas, b) providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada, c) anticipación de providencias decisorias y, d) las cauciones procesales¹⁰⁹.

Las primeras se refieren a la "conservación o aseguración de la prueba"¹¹⁰ antes de que inicie el proceso, lo que en nuestro orden jurídico local acontece en términos del Art. 87 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, cuando el juicio puede prepararse para pedir: declaración del futuro demandado (Frac. I); la exhibición de cosa mueble (Frac. II); la exhibición de testamento (Frac. IV); la exhibición de títulos o documentos (Frac. V); presentación de cuentas o documentos (Frac. VI); el examen de testigos que "sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones" (Frac. VII) y; inspección judicial (Frac. IX)

Las segundas, son las que en primera instancia se cree que son las únicas medidas cautelares, pues el efecto conservativo se manifiesta con nitidez en estas providencias, dirigidas a asegurar la ejecución forzada de la providencia principal, verbigracia, el embargo de bienes.

La anticipación de providencias decisorias, sería el tercer tipo de providencias, y en estas "se decide interinamente [el mérito], en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar en daños irreparables"¹¹¹. Es decir, significa acelerar la

¹⁰⁸ Fix Zamudio, Héctor, *op.cit.*, p. 61, numeral 178.

¹⁰⁹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Argentina, Librería del Foro, 1996, p. 53.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.55.

¹¹¹ *Ibidem*, p.58.

decisión que se tomaría en la providencia principal, mediante una providencia provisional e interna.

El cuarto tipo de providencia cautelar, sería las cauciones procesales, que tienen por objeto asegurar la reparación de daños y perjuicios, en caso de que la providencia principal no sea fundada, y existió en el caso, otra providencia cautelar.

Si bien es cierto, la doctrina expuesta es del derecho procesal civil, cuidando las particularidades del juicio de amparo, aquella se proyecta en la suspensión del acto reclamado. De esta manera, si el Art. 146 segundo párrafo de la LA establece que la suspensión a petición del quejoso puede tener dos efectos, el conservativo y el restitutorio provisional, la suspensión tiene identidad por sus efectos, con los que se establecen en las medidas cautelares.

Por lo que refiere a la finalidad, las medidas cautelares tienen por objeto conservar la materia del juicio, para que llegada la sentencia tenga materia sobre la cual recaer; misma finalidad que persigue la suspensión del acto reclamado. Respecto a las cauciones procesales, en la suspensión también se presentan, cuando se solicita al quejoso el requisito de continuidad o garantía.

En la estructura de la suspensión detectamos los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, así como las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, jurisdiccionalidad e inaudiencia, los cuales son propias de las medidas cautelares, cuya incidencia en la suspensión veremos en las siguientes líneas.

II.4.1.1 Presupuestos.

La apariencia del buen derecho y peligro en la demora son los presupuestos de las medidas cautelares, los que se proyectan en la regulación de la suspensión del acto reclamado¹¹². El *fumus boni iuris* surgió como requisito jurisprudencial, sin embargo, ahora tiene rango constitucional – Art. 107 Fracción X de la CPEUM- y regulación

¹¹² González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p.155.

legal – Art. 138 LA-. El *periculum in mora* ya estaba presente desde la legislación abrogada, aunque cabe decir que ni ahora ni antes, se le encontrará en esos términos, sino de expresiones que la contienen.

Es preciso el comentario de Proto Pisani cuando señala que “la tutela cautelar busca neutralizar el <<danno marginale>> que proviene tanto de la “durata fisiológica”>> como de la <<lentezza patologica>> del proceso”¹¹³. Por lo general el proceso por sus finalidades y estructura no puede ser sumario, ello por ejemplo porque se deben instituir diversas garantías procesales para las partes, como la oportunidad de defensa y la garantía de audiencia. En otras ocasiones, el proceso se prolonga más de lo debido, por falta de probidad de las partes o negligencia del juzgador.

El tiempo que media entre el inicio y fin el proceso hace necesario en muchas de las ocasiones que se proteja sumariamente el derecho material discutido, so pena de que sufra un daño de imposible o difícil reparación durante la pendency de dicho proceso o que la sentencia favorable no pueda hacerse efectiva.

En principio el elemento que justifica la tutela cautelar es el peligro de un daño por la mora procesal, el peligro en la demora o *periculum in mora*. Este a su vez puede ser de dos tipos: peligro de infructuosidad - *pericolo di infruttuosidad*- y peligro de tardanza en la resolución principal - *pericolo di tardivia*-¹¹⁴.

Peligro de infructuosidad significa que no se pueda asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva, es decir, que la sentencia que en algún momento se emita y sea favorable al agraviado, no pueda hacerse efectiva porque ha cambiado la situación jurídica y el derecho material discutido en el proceso ha desaparecido¹¹⁵.

Peligro en la tardanza de la resolución significa que durante la pendency del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación al derecho material¹¹⁶.

¹¹³ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 36.

¹¹⁴ Calamandrei, Piero, *op.cit.*, p. 71-73.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

En la regulación legal de la suspensión se encuentra presente el presupuesto de *periculum in mora*. En la *suspensión de oficio que se tramita en vía incidental*, encontramos este presupuesto en el Art. 127 fracción II de la LA cuando establece que será procedente cuando "se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado".

Misma hipótesis es para la procedencia de la *suspensión que se decreta de plano*, solo que aquí, nos encontramos con "el caso más extremo y apremiante de *periculum in mora*"¹¹⁷, lo cual amerita que ciertos actos físicamente imposibles de restituir estén tazados, ya que significan la preocupación de la sociedad actual¹¹⁸. Estos actos se encuentran en el primer párrafo del Art. 126, que ya hemos señalado con anterioridad.

Por su parte, en la suspensión provisional a petición del quejoso, se encuentra presente un *periculum in mora* de menor gravedad¹¹⁹, el cual significa de acuerdo con el Art. 139 de la LA, "un peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con perjuicios de difícil reparación para el quejoso". En la regulación de la suspensión a petición del quejoso, se suprimió el requisito de "daños de difícil reparación que se causen al agraviado con la ejecución del acto", que disponía el Art. 124 Fracción III de la legislación abrogada¹²⁰ para la procedencia de la suspensión definitiva. Sobre el particular, existen dos opciones, la primera estimar que en la suspensión definitiva no existe la carga de acreditar daño alguno, o la otra, concluir que el peligro en la demora se encuentra imbibido en la apariencia del buen derecho.

No obstante que la evolución de la tutela provisional se orienta a que se otorgue con la sola evidencia¹²¹, esto es, *el fumus boni iuris*, en el caso, a como están las cosas en este momento, compartimos la segunda propuesta, en tanto las jurisprudencias 15/96 y 16/96 de la SCJN en esa porción aún se mantienen vigentes, está implícito en la finalidad de "conservar la materia del juicio" y es un presupuesto inseparable a

¹¹⁷ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p 82.

¹¹⁸ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 210

¹¹⁹ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 100

¹²⁰ Díaz Díaz, Alberto, *op.cit.*, p. 324.

¹²¹ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p 51.

la apariencia del buen derecho. En este sentido existe jurisprudencia reciente por Pleno de Circuito¹²² y es la postura que comparte la doctrina especializada¹²³. En consecuencia, se otorgará la suspensión definitiva – a reserva de los demás requisitos-, para *evitar daños de difícil reparación* al derecho fundamental del quejoso.

No basta que exista un daño para que la medida cautelar se otorgue, para ello es necesario que además su peticionario, acredite en un examen preliminar, una evidencia¹²⁴, la apariencia de que le asiste la razón, que tiene *prima facie* un buen derecho -*fumus bonis iuris*-¹²⁵. Es decir, no se protege a toda persona que acuda al proceso, sino sólo aquella que mediante un examen de probabilidad y de credibilidad objetiva, acredite que le asiste la razón y que tiene en apariencia mejor derecho que su contraria.

Es revelador el argumento de Chiovenda que denota la esencia de este presupuesto, el cual hoy es principio general del derecho de las medidas cautelares: "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón"¹²⁶.

La apariencia del buen derecho invierte las cargas y la posición inicial en el proceso. Quien demuestra en apariencia tener mejor derecho, tiene la posibilidad de iniciar con una mejor posición que su contraparte¹²⁷.

Hoy en día, para conceder la suspensión, es necesaria la concurrencia de ambos presupuestos. Como quedó de manifiesto, se encuentran presentes en todas las modalidades de la suspensión. Sin embargo, la amplitud de su contenido y su aplicación procesal será materia del cuarto capítulo, que se refiere a la suspensión a petición del quejoso, pues es ahí donde corresponde *realizarlos* al juzgador. Si la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, implican en cada caso, la

¹²² Tesis: PC.III.C. J/7 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, ubicación: viernes 15 de enero de 2016 10:15 h.

¹²³ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 99.

¹²⁴ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 51.

¹²⁵ Tron Petit, Jean Claude, *op.cit.*, p. 371

¹²⁶ García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 2006, p. 220

¹²⁷ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 52.

ejecución de juicios o cálculos probabilísticos sobre la existencia del derecho y el peligro que corre por la mora procesal, en la suspensión de oficio y de plano, ellos ya fueron realizados por el legislador, dejando al juzgador el deber de suspender los actos reclamados tazados¹²⁸. En cambio, en la suspensión a petición del quejoso sí corresponde realizarlos al juzgador, de ahí que reservemos su estudio para esta modalidad de la suspensión, donde tienen una función dinámica.

II.4.1.2 Características.

Aparejado a los presupuestos de las medidas cautelares, tiene características que complementan su naturaleza jurídica. De esta suerte, las características son provisoriedad o provisionalidad, instrumentalidad, mutabilidad, jurisdiccionalidad, inaudiencia, entre otras.

II.4.1.2.1 Provisionalidad

La providencia cautelar tiene vigencia hasta en tanto emane la providencia principal, de ahí que se diga que es provisional¹²⁹, propiamente interina, pues está destinada a dejar su lugar cuando sobrevenga la sentencia.

La suspensión provisional tiene vigencia hasta en tanto emane la suspensión definitiva, y esta, cede a la vez, su lugar a la sentencia ejecutoriada. En cuanto a la primera, encontramos su fundamento en lo dispuesto por el Art. 139 en la expresión "el órgano jurisdiccional con la presentación de la demanda, deberá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guardan *hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva*".

Por lo que refiere a la suspensión definitiva, su provisionalidad la encontramos en los Art. 147 en relación con el 130 de LA, pues en el primero se consigna que esta

¹²⁸ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, pp. 2010 y 2011.

¹²⁹ Calamandrei, Piero, *op.cit.*, pp. 36 y 37.

tendrá por objeto “conservar la materia del juicio hasta la terminación del juicio”, lo cual acontece en términos del segundo, cuando existe sentencia ejecutoriada.

II.4.1.2.2 Instrumentalidad.

La instrumentalidad, es la característica más relevante de las medidas cautelares. Significa que la providencia cautelar no persigue un fin en sí misma, sino que está vinculada y al servicio de la sentencia que deberá pronunciarse en el proceso una vez que éste culmine en sus diversas etapas¹³⁰. Así se dice, que la medida cautelar es instrumento de la sentencia, para asegurar su eficacia práctica.

En la suspensión del acto reclamado encontramos esta característica. En el Art. 147 segundo párrafo, se desprenden con claridad los dos efectos que hoy pueden tener la suspensión, los cuales están destinados a ceder su lugar a la sentencia ejecutoriada. Así se lee textualmente esta porción normativa:

“Atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden [conservación] y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente [restitución provisional] al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoriada en el juicio de amparo”.

Si el acto reclamado es positivo, es indudable que su paralización permite llegar al dictado de la sentencia. El reto que ahora presenta el nuevo efecto es, ¿La restitución provisional del derecho fundamental, permite llegar al dictado de la sentencia? Es decir ¿la restitución provisional no hace cesar los efectos del reclamado y en consecuencia procede el sobreseimiento del juicio? Si a esta pregunta, la respuesta es afirmativa, el instrumento destinado a servir a la sentencia se convierte en su homicida.

No se trata de un amparo sumario que de protección definitiva al derecho, sino de una protección provisional que perdure hasta la sentencia, pues así lo dice la

¹³⁰ De Alba de Alba, José Manuel, *op.cit.*, pp 65 y 66.

expresión "restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoriada en el juicio de amparo", con lo que se confirma que aún con este efecto la suspensión es una medida cautelar, que presta su servicios a la sentencia.

Determinar en qué casos procede la restitución provisional, es lo que incentiva esta investigación.

II.4.1.2.3 Mutabilidad.

Esta característica también recibe el nombre de flexibilidad, y significa que las medidas cautelares son "susceptibles de modificarse en aquellos casos en que concurren hechos supervinientes o cambios en el proceso principal. Por ello, sus requirentes pueden pedir su ampliación, mejora o sustitución, en cualquier momento que se han presentado cambios que ponen en riesgo la efectividad de la medida cautelar concedida"¹³¹.

Las medidas cautelares siempre se dictan bajo la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, de acuerdo a las circunstancias del momento, de tal manera, que las condiciones de hoy, mañana podrán cambiar, y esa es la suerte que sigan las medidas, adaptándose y mutando de acuerdo las circunstancias.

La mutabilidad la encontramos en la suspensión a petición del quejoso, para la provisional, en el Art. 139 que establece: "cuando en autos surjan elementos que modifiquen la valoración que se realizó respecto de la afectación que la medida cautelar puede provocar al interés social y el orden público, el juzgador, con vista al quejoso por veinticuatro horas, podrá modificar o revocar la suspensión provisional".

¹³¹ Pérez Fernández Cega, Ydalia, citada por De Alba de Alba, José Manuel, *op.cit.*, p. 61

Tocante a la suspensión definitiva, la característica la encontramos en el Art. 154 de la LA, que indica que la resolución que la concede o la niega puede “modificarse o revocarse, de oficio o a petición de parte, cuando ocurra un hecho superviniente”, lo cual puede verificarse mientras no se dicte sentencia ejecutoria.

II.4.1.2.4 Jurisdiccionalidad.

La resolución sobre medidas cautelares y su ejecución son potestad jurisdiccional¹³². La suspensión del acto reclamado siempre es ordenada por autoridades jurisdiccionales, algunas con este carácter formal como los jueces del Poder Judicial de la Federación, otras con funciones materialmente jurisdiccionales como una Junta de Conciliación y Arbitraje, cuando en su calidad de autoridad responsable tiene que pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado – laudo-.

II.4.1.2.5 Inaudiencia.

Significa que la medida cautelar se decreta por el juez con la sola petición de una de las partes, sin tomar el parecer de la contraria, pues dada la naturaleza de sus presupuestos, particularmente el peligro en la demora, se torna vital la celeridad de la determinación jurisdiccional. Tomar la medida *inaudita parte* no trastoca la garantía de audiencia, pues en todo caso la contraparte del beneficiario de la cautela, tendrá derecho para impugnar su procedencia y extensión¹³³, y la audiencia que solicita la tendrá en el proceso mismo.

Esta característica se proyecta en parte en la suspensión, pues sólo aparece en la de oficio y de plano (Art. 126 LA) y en la suspensión provisional a petición del quejoso (Art. 139 LA), pues el órgano jurisdicción la dictará con la sola petición de amparo en el primero caso, y de suspensión en el segundo - una vez satisfechos los requisitos de su procedencia-, sin que de vista, corra traslado o tome parecer de las demás

¹³² *Ibidem*, p. 69

¹³³ *Ibidem*, p 70.

parte del proceso. En el caso de la suspensión de oficio de tramitación incidental (Art. 127 LA) y la suspensión de definitiva que solicita el quejoso (Art. 138 y 144 LA), se concede garantía de audiencia a las autoridades responsables y demás partes el proceso, en la que inclusive habrá una audiencia incidental con etapa probatoria, de alegatos y de resolución.

II.4.2 Como tutela jurisdiccional.

Hoy que podemos asegurar que existe un consenso generalizado respecto de la naturaleza jurídica de la suspensión del acto reclamado, al concluir que se trata de una medida cautelar – amplia por el efecto que se añade-, aparecen investigaciones del exterior de nuestro país, que desde el derecho procesal, nos permiten repensar en nuestra institución cautelar y nos incentiva a replantearnos su naturaleza jurídica. Se trata en lo particular de la publicación de Daniel Mitidiero, la *Anticipación de Tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*¹³⁴, la que nos provoca a formularnos la suspensión del acto reclamado en términos de tutela jurisdiccional.

La obra nos invita a ver más allá de un cuadró meramente procesal, para verlo desde la óptica de la tutela de los derechos, cuyo papel central pertenece a la materia prima del proceso: el derecho material que se discute en él. Así, desde esta perspectiva, la suspensión del acto reclamado sería una tutela jurisdiccional que asegura (cautelar) o realiza el derecho material (satisfactiva anticipada) que se discute en el juicio de amparo.

De la obra que comentamos extraemos que existe una primera tutela jurisdiccional denominada tutela satisfactiva, por virtud de la cual se realiza el derecho material. Esta especie tiene lugar en la resolución final una vez que el proceso es seguido en todas sus etapas. Hemos dejado constancia que el binomio peligro en la demora y apariencia del buen derecho hacen imperativo que se adelanten algunos de los

¹³⁴ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, pp 25-76.

efectos de la resolución final, lo que hace necesario la existencia de otro tipo de tutela: la sumaria.

La tutela sumaria se subdivide a su vez en dos tipos: tutela cautelar y tutela satisfactoria anticipada. Por la primera, se asegura el derecho para una eventual realización futura, por la segunda, se posibilita la inmediata realización del derecho. Es decir, la tutela cautelar tiene por finalidad dotar de seguridad para la ejecución, lo que habría de acontecer en definitiva en la resolución final. En cambio, la tutela satisfactoria anticipada, no hace más que adelantar y acelerar la decisión, provisionalmente.

Estos resultados, tutela cautelar y tutela satisfactoria, son posibles por una técnica procesal, llamada técnica anticipatoria, que es "apenas un medio para la realización de la tutela satisfactoria o de la tutela cautelar y que esas formas de tutela jurisdiccional deben ser prestadas a partir del derecho material o más propiamente, a la luz de la tutela de los derechos"¹³⁵.

La técnica anticipatoria por una parte se debe a una urgencia, que puede ser un acto ilícito o un daño. Acto ilícito es un acto contrario al derecho, que eventualmente tiene un daño como consecuencia. Daño es un perjuicio jurídicamente relevante¹³⁶.

Además de lo anterior, la técnica anticipatoria "puede prestar tutela jurisdiccional al derecho frente a la evidencia del derecho postulado"¹³⁷. Es decir, la sola apariencia del derecho amerita que su titular inicie con mejor posición en el proceso.

Tutela satisfactoria y tutela cautelar son tutelas jurisdiccionales del derecho¹³⁸. La primera presta tutela tanto a la urgencia, daño e ilícito, como a la evidencia. En cambio la segunda, solo frente al daño.

Recapitulando, una vez que se ejercita una acción que busca una tutela satisfactoria, es posible acelerar la tutela jurisdiccional, ante la urgencia (ilícito o daño), sea tutela

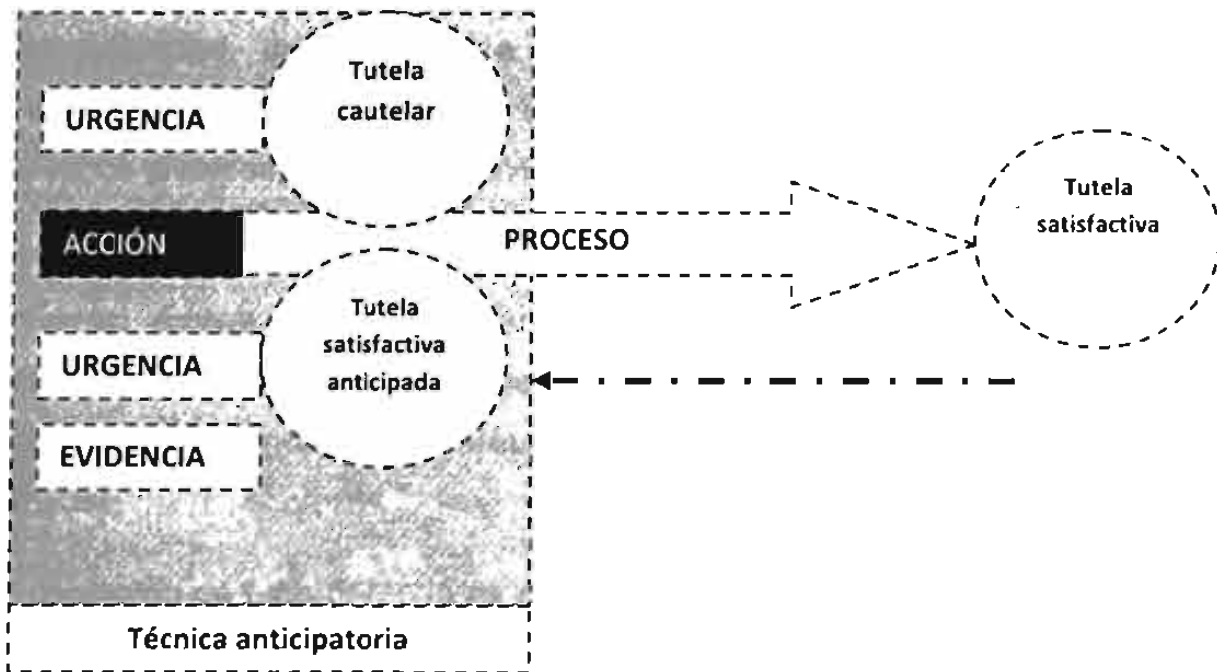
¹³⁵ *Ibidem* 48

¹³⁶ *Ibidem* 54

¹³⁷ *Ibidem* 51

¹³⁸ *Ibidem* 53

cautelar o tutela satisfactiva anticipada, o ante la evidencia con tutela satisfactiva anticipada. Lo aquí expuesto se muestra en el siguiente gráfico.



De esta suerte, la suspensión del acto reclamado es una especie de tutela jurisdiccional dentro del juicio de amparo; cuando produce efectos paralizantes o conservatorios, tiene lugar la tutela cautelar, pues asegura el derecho, para que llegada la sentencia, se pueda realizar. Por su parte, cuando actúa con efectos restitutorios, sería una tutela satisfactiva anticipada, pues de inmediato y de forma provisional realiza del derecho fundamental del que versa la *litis* constitucional.

Conciliando las perspectivas de la suspensión del acto reclamado, diremos que desde el punto de vista interno la suspensión es una medida cautelar, por su parte, desde el punto de vista externo es una tutela jurisdiccional, lo cual muestra correspondencia con la doble finalidad que el día de hoy le asignan tanto la doctrina como los criterios del Poder Judicial Federal.

Se sostiene que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende la tutela cautelar, es decir, que la segunda se subsume en la primera¹³⁹. Sin embargo, existen posiciones de pensamiento que apuntan a que se trata de dos distintos derechos fundamentales, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la tutela

139 González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 76.

cautelar, en el que el segundo no es dependiente del primero, sino coincidentes en que ambos tutelan el derecho material, uno en forma definitiva y el otro en forma sumaria. En nuestro concepto, la precisión de los términos nos conduce a establecer con propiedad, que derecho a la cautela – protección inmediata del derecho mediante aseguración o realización- y derecho a la tutela satisfactiva, se trata de dos derechos diversos, manifestaciones ambos del derecho a la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental reconocido de carácter universal. A nivel mundial en el Art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Sistema Interamericano se encuentra previsto en el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en México, en el Art. 17 de la CPEUM.

El contenido de este derecho es muy amplio, pues comprende desde el derecho de acceso a la jurisdicción, el debido proceso y a la ejecución de las resoluciones¹⁴⁰. La tutela judicial efectiva va más de la simple posibilidad de acudir a los tribunales y que estos resuelven una petición-planteamiento con relevancia jurídica; el adjetivo 'efectiva' la colma de sustancia calificada, derecho tanto de quien acciona como de quien se defiende de ella. La tutela judicial efectiva se incluye dentro de un concepto más amplio, el acceso a la justicia¹⁴¹, que incluye un racimo de prerrogativas y garantías que se enumeran a continuación:

i. Derecho a ser atendido para la sustanciación de cualquier acusación penal, o para la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. ii. Tribunales competentes, imparciales e independientes previamente establecidos. iii. Acciones individuales y colectivas. iv. Mecanismos alternos de solución de controversias. v. Mecanismos judiciales y administrativos. vi. Formas alternativas de justicia. vii. Juez natural. viii. Reconocimiento de otros sistemas normativos para la regulación y solución de conflictos (Indígenas). ix. Procedimientos de validación por los jueces o tribunales de resoluciones emitidas por otros mecanismos de resolución de conflictos. x. Acceso efectivo a procedimientos. xi. Procesos expeditos. xii. Procedimientos eficaces. xiii. Procedimientos sencillos y

140 Tesis: I.3o.C.79 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, t. III, p. 2470. De igual manera Ángela Figueruelo Burrieza, en Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012. P. 13.

¹⁴¹ Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012, p.14.

breves. xiv. Resoluciones emitidas de manera pronta y completa. xv. Servicios gratuito. xvi. Servicio de defensoría pública de calidad para la población. xvii. Asesoría legal. xviii. Asistencia jurídica. xix. Garantías del debido proceso generales y específicas para cada grupo vulnerable. xix. Garantías que atiendan a la condición de personas en desarrollo. xx. Garantías que atiendan costumbres y especificidades culturales. xxi. Garantías que atiendan a la condición de personas en desarrollo. xxii. Garantías que atiendan condiciones de género. xxiii. Garantías que atiendan a la condición racial. xxiv. Garantías que atiendan la calidad migratoria. xxv. Especialización en los grupos vulnerables a atender. xxvi. Peticiones ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular. xxvii. Recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. xxviii. Protección contra actos que violen los derechos humanos. xxix. Protección efectiva de derechos y libertades. xxx. Obtener pronta resolución. xxxi. Sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deben ser explicadas. xxxii. Plena ejecución y cumplimiento de las resoluciones o decisiones que se emitan. xxxiii. Procedimientos, autoridades e instituciones específicos para la atención efectiva de grupos vulnerables. xxxiv. Capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia. xxxv. Interpretación pro persona de los derechos humanos.¹⁴²

Si bien es cierto la lista anterior es enunciativa, resulta de gran utilidad para dimensionar la magnitud de lo que implica el acceso a la justicia, en cuya manifestación de tutela judicial efectiva encontramos de acuerdo a los numerales xxiii y xxiv, la protección contra actos que violen los derechos humanos y la protección efectiva de derechos y libertades, y al no distinguirse entre definitiva y provisional, comprende necesariamente a ambos. Seguramente al tratarse de un derecho fundamental, y por consecuencia de un principio, el contenido estará susceptible a ensancharse en lo sucesivo.

Si se opta por considerar que la tutela cautelar es dependiente y está al servicio de la ejecución de las resoluciones jurisdiccionales, el fundamento constitucional de esta postura lo sería el sexto párrafo del citado Art. 17 de la CPEUM, pues en esta porción constitucional se ordena al legislador federal y al local a establecer los medios necesarios para lograr la plena ejecución de sus resoluciones. Uno de esos

142 Castilla Juárez, Karlos Artemio, Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización, México, Porrúa, 2012. P. 13.

medios, para lograr la plena ejecución de las resoluciones son las medidas cautelares¹⁴³.

De lo contrario, de compartir que se tiene derecho a la protección inmediata del derecho fundamental, con independencia del derecho a la tutela jurisdiccional en la sentencia, el fundamento lo sería el propio Art. 17, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de proceso justo¹⁴⁴, pues un juicio con este calificativo, no puede permitir que durante su pendency el derecho fundamental sufra daño alguno.

En lo particular, nos inclinamos por la segunda de las posturas, pues quien tiene necesidad de tutela jurisdiccional espera la protección sobre su pretendido derecho lo antes posible y por la vía más expedita, no importando si esta es sumaria o satisfactoria. Piénsese en quien acude al juicio de amparo para la protección de su derecho fundamental, desde luego que el quejoso mostraría su beneplácito si conjuntamente tiene la posibilidad de una protección inmediata –provisional- y una mediata- pero definitiva. Como argumento adicional a nuestra posición, doctrina de peso ha acuñado el concepto de tutela jurisdiccional diferenciada – no sin autocrítica en lo equivoco del concepto-, pues se hace patente, confeccionar cuantas manifestaciones de tutela jurisdiccional sean necesarias, como necesidad diversa se tengan de protección de los derechos¹⁴⁵.

La medida cautelar del amparo hoy se posiciona como un instrumento de tutela moderno, que responde a las necesidades actuales de nuestra sociedad. No obstante ello no debemos supeditarnos a sólo describir la suspensión que prevé la legislación, sino a privilegiar estudios que tiendan a hacerla avanzar y evolucionar.

Un paso adelante sería establecer una cláusula abierta, por la que el juzgador tenga la potestad de dictar la medida cautelar que sea necesaria para en el caso concreto

143 De Alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2012. p 80 y 81.

144 Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 84.

145 Es así como contemporáneamente se habla de diversos tipos de tutela jurisdiccionales: 1) Satisfactoria, 2) Sumaria, 2.1 Cautelar, 2.2 Satisfactoria anticipada, 2.2.2 Tutela Inhibitoria, 2.2.3 Tutela represora. *Ibidem*, p. 58.

tutelar el derecho fundamental, tal y como ya lo hace el derecho administrativo español¹⁴⁶.

146 García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª. Ed., España, Thomson Civitas, p. 215.

CAPITULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS E INSTITUTOS AFINES DE OTRAS DISCIPLINAS DEL DERECHO, EN MEXICO Y EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS.

III. 1 Introducción.

Si bien es cierto que a partir de la ley de amparo de 2013, el juicio de amparo en México legislativamente adquiere una medida cautelar amplia, que admite como uno de sus efectos, la restitución provisional de los derechos, también lo es que otras disciplinas del ordenamiento jurídico en nuestro país ya regulan medidas de este tipo, y que otros sistemas jurídicos las han adoptado desde hace años, incluso décadas, obteniendo avances considerables en el rubro de la tutela provisional.

En consecuencia, lo que para el juicio de amparo resulta una novedad -legislativa-, para el derecho nacional y extranjero ya es un tema conocido. En este segundo capítulo realizaremos un ejercicio de análisis de la operatividad de esas medidas cautelares e institutos afines que en otras disciplinas del derecho se han dado en los órdenes jurídicos apuntados.

Del análisis pasaremos a la síntesis, con la encomienda de desprender algún común denominador en las medidas cautelares positivas, elementos, características, principios, restricciones, y de esta manera aprovechar esa experiencia para la suspensión del acto reclamado del juicio de amparo.

Más allá de descansar en el estudio de los disposiciones normativas, que se hará en algunos casos, lo que para nuestro propósito resulta relevante, es destacar los actos que han sido materia de cautela positiva, las conductas que han sido ordenadas por los distintos jueces y tribunales, los derechos que han sido restituidos provisionalmente, mientras se dicta la providencia definitiva, el tipo o grado de

prueba que se requiere, porque es ahí donde radica la riqueza que se puede aportar a la medida cautelar cuyo estudio es materia de toda nuestra investigación.

Como se vio en el capítulo segundo, ya desde 1931 Piero Calamandrei hablaba de medidas cautelares positivas, lo que él denominó como *anticipación de providencias decisorias*, que textualmente definía en estos términos:

*"...providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables."*¹⁴⁷

Como ejemplo de estas medidas anticipatorias, expuso las siguientes:

- ✦ Denuncias de obra nueva y daño temido.
- ✦ Separación personal entre cónyuges.
- ✦ Providencias que la autoridad judicial puede dictar "en caso de urgente necesidad" en materia de alimentos¹⁴⁸.

¿Por qué no siguió la doctrina y los tribunales la línea de las medidas cautelares positivas? ¿Por qué olvidarlas y sólo regular y tener presente medidas cautelares negativas? ¿Por qué tuvieron que pasar bastantes años para concluir que nos eran necesarias las medidas positivas? Si bien es cierto se trata de una doctrina del derecho civil ¿Por qué no aprovechar los avances de otras disciplinas del derecho, cuidando las particulares y diferencias específicas respectivas?

El planteamiento anterior nos lleva a concluir que las medidas cautelares positivas fueron olvidadas, y sólo retomadas muchos años después por los tribunales italianos, franceses y españoles en Europa. En nuestro país serían retomados en algunas ramas del derecho, como el derecho familiar, el administrativo y ahora en el amparo con la LA de 2013.

¹⁴⁷ Calamandrei, Piero, *op.cit.*, p. 58.

¹⁴⁸ *Ibidem.*, pp. 58 y 59.

Además de esta pequeña introducción, el capítulo se estructura en cuatro apartados. En el primero se expondrá lo relativo a las medidas cautelares positivas en México, desde el orden jurídico local de Nayarit y el Federal. En un segundo epígrafe se desarrollan algunos antecedentes de tribunales instalados exprofeso en Centroamérica. Enseguida se abordarán las medidas provisionales del órgano jurisdiccional del sistema interamericano. Por último, concluir con lo relativo a algunos sistemas jurídicos de Europa, Italia, Francia y España.

Como el título del capítulo lo pone de manifiesto, no sólo se analizarán medidas cautelares, en algunos casos también se estudiarán institutos afines, entendiendo por éstos, aquellos procesos que guardan características y elementos como aquellas, tal como sumariedad, provisionalidad, mutabilidad, entre otras.

III. 2 Medidas cautelares positivas e institutos afines en México.

III.2.1 Derecho Familiar.

III.2.1.1 Alimentos provisionales.

Las medidas cautelares positivas tienen un desarrollo en el sistema jurídico mexicano, en otras disciplinas del derecho que han dado un paso adelante en el rubro de la tutela provisional de los derechos. El caso de los alimentos provisionales en el derecho familiar dan cuenta de ello, incluso, resulta el mejor de los ejemplos de que la restitución provisional es una cuestión de explorado derecho.

Los alimentos son una definición estipulativa del derecho familiar ya que significa más que comida como lo usamos en el lenguaje común. Alimentos en el lenguaje jurídico significa comida, vestido, habitación, la asistencia en el caso de enfermedad (médica y hospitalaria), en su caso, incluyen gastos de embarazo y parto¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Edgard, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2005. p. 30.

Los alimentos originan una relación entre al menos un acreedor con al menos otro deudor. Una persona está obligada a proporcionarlos respecto de otro. La forma de dar alimentos, es decir, de proporcionarlos, es en dinero – la más conocida-, o en especie. La doctrina define los alimentos de la siguiente manera:

“Los alimentos constituyen la obligación de una persona llamada deudor alimentario de proporcionar a otra llamada acreedor alimentario (que le asiste el derecho), de acuerdo con las posibilidades de aquél y con las necesidades del último, lo necesario para su subsistencia biológica y social, ya sea en dinero o en especie”¹⁵⁰.

Los alimentos tienen su fundamento en “la conservación de la vida y el principio de solidaridad que debe regir la familia”¹⁵¹. Consecuentemente, recibir alimentos se torna una necesidad de primer orden: está en peligro la propia integridad física, la salud, la vida, o mejor aún, el buen vivir.

Ante una evidente necesidad, el largo proceso para obtener una sentencia que condene a proporcionarlos se torna peligroso, pues ¿qué pasará durante todo ese tiempo cuando la necesidad se hace presente ya desde el principio? El remedio viene ahora por el legislador: proporcionar alimentos de forma proporcional, mientras se dicta la sentencia que resuelva el fondo.

Los alimentos provisionales en la entidad federativa de Nayarit tienen su fundamento en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, en el Libro Cuarto, Título Primero, Capítulo X Juicio de Alimentos, particularmente en los artículos 496, 497 último párrafo y 498.

El Art. 496 consagra el derecho a solicitar al formular la demanda, conjuntamente con la petición de los alimentos -definitivos-, alimentos provisionales. El arábigo 497, en el último párrafo establece el *quantum* de la prueba para la procedencia: estamos

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*



en presencia de una *presunción legal*, quien los demanda tiene a su favor la presunción de necesitarlos.

Por su parte, la porción normativa prevista en el Art. 498 establece la obligación del juez de fijar la pensión provisional, una vez acreditado los requisitos de su procedencia, parentesco u obligación, y la posibilidad económica del deudor, previsto en las fracciones I y II del Art. 497.

En síntesis, en el derecho familiar se regula una medida cautelar positiva que restituye provisionalmente el derecho materia del juicio, obligando al acreedor a proporcionar la conducta que en su caso le obligaría la sentencia definitiva. *Cumplida la medida cautelar el juicio no se queda sin materia, el derecho que se restituye permite que el juez llegue al dictado de su sentencia.*

Para el propósito de nuestro trabajo, los alimentos provisionales, son una medida cautelar positiva consistente en:

- Entregar una cantidad en dinero al acreedor, mientras se emite la sentencia¹⁵².

El planteamiento aquí es: porque el recibir alimentos nos parece una necesidad evidente, que amerita entregarlos de forma provisional, y si de acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales estos son interdependientes, ¿porque no admitir la restitución provisional de otros derechos? ¿Otros derechos fundamentales no pueden estar en peligro mientras dura el largo proceso? ¿Valen más unos derechos fundamentales que otros?

¹⁵² No pasa desapercibido que de acuerdo al artículo 498° del Código Adjetivo Civil de Nayarit, otra forma de cumplir con la pensión provisional, es constituyendo una garantía.

III.2.1.2 Medidas cautelares ante actos de violencia familiar.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit establece en sus artículos 464 A a 464 E, medidas cautelares positivas ante actos de violencia familiar. De su regulación se desprenden los características de instrumentalidad - ser necesarias para dar cumplimiento a una eventual sentencia- (Art. 464 B Frac. II), provisoriedad y mutabilidad (Art. 464 B Frac. III). Pueden dirigirse tanto al agresor, como al menor o parte agredida, en este último caso el juez familiar debe decretar con toda celeridad dentro de las veinticuatro horas, algunas medidas de carácter positivo que establece el Art. 464 D, que consisten en:

- ⌘ Desocupación por el agresor, del domicilio familiar; (Frac. I).
- ⌘ Obligación alimentaria provisional e inmediata; (Frac. V).
- ⌘ Reingreso de la víctima al domicilio o lugar que habite, una vez que se garantice su seguridad;

Además, la última fracción establece una clausula abierta, pues el juez familiar tendrá atribución para dictar cualquier otra tendiente a proteger los intereses del núcleo familiar.

III.2.2 Derecho administrativo

III.2.2.1 Orden jurídico local: Suspensión con efectos restitutorios en la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit.

Prevista en la sección cuarta, del Capítulo Segundo, en siete artículos, del 119 al 126, la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit dispone de una medida cautelar abierta-, acorde con la doctrina moderna de la tutela cautelar, la suspensión del acto impugnado.

La citada codificación administrativa fue objeto de reforma el veintinueve de noviembre del dos mil catorce, con motivo sustantivamente de la asunción de la competencia administrativa por el Poder Judicial local, a través de su Sala Constitucional-Electoral. En cuanto a la medida cautelar del proceso contencioso, permanece mayoritariamente la misma regulación, destacando de entre las innovaciones la incorporación expresa de los presupuestos apariencia del buen derecho y peligro en la demora (Art. 120 párrafo segundo).

Desde antes de la citada reforma, la suspensión admitía dos efectos, el efecto paralizante o el restitutorio provisional, según resultara necesario para conservar la materia del juicio o evitar perjuicios irreparables al particular (Art. 121). Estamos entonces, ante una medida cautelar negativa y positiva a la vez, que soslaya los inconvenientes semánticos de su denominación.

Procede de oficio en supuestos tazados¹⁵³ o a petición de parte por exclusión (Art. 119 segundo párrafo). Se advierten los presupuestos y características como las de su género: apariencia del buen derecho y peligro en la demora, instrumentalidad y provisoriedad (Art. 121), jurisdiccionalidad (Art. 119), mutabilidad o flexibilidad (Art. 121 tercer párrafo).

Para la medida cautelar genérica se exige como requisitos de procedencia que no se afecte el interés social, no se afecten disposiciones de orden público y no se deje el juicio sin materia (Art. 121 primer párrafo). Como requisitos de eficacia o continuidad otorgar garantía para en su caso indemnizar por los daños o perjuicios que pueden ocasionarse a un tercero. También se prevé la posibilidad de otorgar contra garantía por el tercero (Art. 123).

¹⁵³ El artículo 119 prevé los supuestos de procedencia de la suspensión de oficio: cuando se trate de multa excesiva, confiscación de bienes, privación de libertad por autoridad administrativa y actos que, de llegar a consumarse, harían físicamente imposible restituir al actor en el pleno goce de sus derechos

En cuanto a los posibles efectos restitutorios de la medida, existen diversas hipótesis para su procedencia (Art. 121 segundo párrafo). Ahora destacamos dos supuestos que ya se encuentran tazados que son: actos privativos de libertad decretados al particular por autoridad administrativa y actos que impidan a los particulares el acceso a su domicilio. Lo que daría lugar a las siguientes medidas cautelares positivas:

- ✦ Libertad inmediata del detenido.
- ✦ Permitir el acceso inmediato al domicilio del promovente.

Existe un supuesto que nos parece falto de objetividad. La restitución será procedente dice el citado Art. 121 cuando se trate de personas de escasos recursos económicos, lo cual nos parece desproporcionado. Estamos de acuerdo que a quien se encuentra en esa condición de desventaja social, sea objeto de acciones positivas para lograr una igual formal, concediéndole instrumentos procesales como lo hace el juicio de amparo, tal como la suplencia de la deficiencia de la queja o eximirlo de exhibir las copias para traslado, pero no que por esa sola condición se otorgue una medida cautelar positiva.

Una medida de este tipo debe atender a criterios objetivos y proporcionales, otorgarse entre otras cosas de acuerdo a la naturaleza del acto reclamado, con vista en la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, y sobre todo, de resultar necesario para conservar la materia del juicio y evitar daños al derecho cuya protección se solicita en el proceso.

Un último supuesto para la restitución provisional en el contencioso administrativo en Nayarit, establece una norma en blanco o cláusula abierta, para que sea precisamente juzgador, quien en cada caso concreto, considere "necesario otorgarle estos efectos con el objeto de conservar la materia del litigio o impedir perjuicios irreparables al propio particular" (Art. 121 último párrafo).

III.2.2.2 Orden jurídico federal: Medidas cautelares positivas en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

El primero de diciembre del 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una nueva codificación en materia administrativa, la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, en cuyo Art. 26, del Capítulo III, Título II, incorpora y prevé medidas cautelares positivas, las cuales podrán decretar las Salas Regionales. Por su importancia, se transcribe la porción normativa indicada:

***Artículo 26.** La Sala Regional podrá decretar medidas cautelares positivas, entre otros casos, cuando tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo.*

Del análisis de esta disposición, se desprende que las medidas cautelares positivas que pueden dictarse en el procedimiento contencioso administrativo federal, cuenta con los siguientes elementos:

- Se trata de una cláusula abierta para el órgano jurisdiccional.
- Procede ante situaciones jurídicas duraderas.
- Tiene como presupuestos:
 - 1) Que se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante en el derecho que pretende.
 - 2) Que esos daños o lesiones se produzcan por el transcurso del tiempo.

Se trata de una legislación en materia administrativa que recoge la doctrina moderna de las doctrinas cautelares, al contemplar medidas cautelares amplias, incluso positivas, dejando un margen de discrecionalidad interpretativa al juzgador¹⁵⁴, para conceder la medida cautelar que sea necesaria de acuerdo con la doble función: proteger provisionalmente los derechos e intereses del actor y garantizar la eficacia de la sentencia final.

¹⁵⁴ Zaldívar Lelo de Larrea, *op.cit.*, p. 92

Será procedente el dictado de esta modalidad de cautela, cuando se advierta una situación jurídica duradera. En nuestra opinión, ello significa que de concederse la medida cautelar con efectos positivos, *la situación que se genera con el dictado, permanezca hasta la providencia principal, en la que se puede determinar lo contrario.*

Estas medidas cautelares innominadas de la legislación administrativa, contemplan los dos presupuestos comunes a todas las de su género. La apariencia del buen derecho está implícita en la redacción que establece que “no se produzcan daños sustanciales al actor o una lesión importante en el derecho que pretende”.

El peligro en la demora o *periculum in mora* lo encontramos cuando se indica que esos daños o lesiones sobre el derecho que se pretende, se ocasionen o produzcan “por el transcurso del tiempo”, es decir, la mora procesal, la tardanza en el dictado de la resolución definitiva.

Balam Lamngolia Riquelme¹⁵⁵, expone desde la doctrina, ejemplos de medidas cautelares en materia administrativa:

- ✦ Que se ordene a la administración pública a aceptar un candidato a participar en un concurso. (inciso A).
- ✦ Que se ordene a la Administración Pública a conceder la prorroga provisional de un permiso para la prestación de un determinado servicio público (permiso que fue negado en principio por alguna formalidad que se tacha de ilegal en el propio juicio). (inciso B).
- ✦ Obligar a la Administración Pública a la entrega de cosa cierta y determinada o al cumplimiento de una prestación de carácter personal (sueldos o salarios, tratándose de un servidor público inhabilitado o cesado). (inciso H).
- ✦ Imponer a la Administración la obligación de provisionar como medida cautelar un adeudo indubitado reclamado a ella (adeudos por arrendamiento) (inciso I).

¹⁵⁵ Lamngolia Riquelme, Balam, *Las medidas cautelares positivas en el juicio contencioso administrativo federal mexicano*, pp. 22 y 23. www.blr.com.mx/medidas_cautelares_positivas.pdf.

- ⌘ La que obliga a la Administración a habilitar al actor a realizar una actividad reglada y obligatoria e imponer la inscripción, con carácter provisional, de inscripción en algún Registro ganadero, industrial, marcario u otro.

III. 3 Medidas cautelares positivas en Centroamérica.

En Centroamérica encontramos antecedentes más remotos de regulación de medidas cautelares, que el propio sistema interamericano, y de los sistemas jurídicos de Europa. Se trata de órganos que si bien de existencia efímera, sus resoluciones de resultan de gran valor para este documento.

En el desarrollo de esta apartado, nos apoyaremos en la obra *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*, de Loretta Vázquez Ortiz ¹⁵⁶.

II.3.1 Tribunal de Arbitraje instaurado por las repúblicas de la América Central en 1902.

El 20 de enero de 1902, Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua celebraron un tratado de arbitraje obligatorio que dio lugar – en opinión de nuestra autora- a la primera resolución de medidas cautelares por parte de un tribunal judicial internacional.

Los hechos del caso- problema son los que siguen. En 1906 estalla una revolución en Honduras, presuntamente por instigación del gobierno de Nicaragua, ante ello Honduras franquea las fronteras de Nicaragua para la persecución de los revolucionarios en fuga. A pesar de que no tuvo lugar un estado de guerra, el

¹⁵⁶ Vázquez Ortiz, Loretta, *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*, México, Porrúa, 2010. pp. 84-90; 163-220.

gobierno de Nicaragua se consideró agredido y demandó la reparación de los daños ocasionados por la invasión de las tropas hondureñas.

El Tribunal de Arbitraje instaurado por las Repúblicas, ordenó como medida cautelar el retiro de tropas y desarme inmediato para que la situación volviera al estado pacífico previsto por el compromiso arbitral. Finalmente, Nicaragua no atendió la resolución, y el Tribunal fue disuelto en 1907.

Es importante hacer notar, que la medida no iba a encaminada a satisfacer el derecho que se pretendía en la demanda, sino una cuestión tangencial, no obstante, ya encontramos un antecedente en sede cautelar del dictado de medidas cautelares positivas en América, que para el efecto de la línea trazada en este trabajo, consistió en:

- ▣ El retiro de tropas y desarme inmediato.

III.3.2 La Corte de Justicia Centroamericana de 1907¹⁵⁸.

Como consecuencia de la Conferencia de la Paz Centroamérica celebrada por Guatemala, Costa Rica, Honduras, Nicaragua y El Salvador, en Noviembre de 1907 se crea la Corte de Justicia Centroamericana, que estaría integrada por un magistrado elegido por cada uno de los países indicados.

En el artículo XVIII de la citada Convención, se otorgó competencia a la Corte para ordenar medidas cautelares, de cuya redacción se pueden advertir los elementos de provisoriedad y el peligro de daño¹⁵⁹. Del funcionamiento de esta Corte, se explican dos casos concretos.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 84-90.

¹⁵⁹ Artículo XVIII.- Desde el momento en que se inicie alguna reclamación contra uno o más de los gobiernos hasta el en que se falle definitivamente, la Corte podrá fijar la situación en que deban permanecer las partes contendientes, a solicitud de cualquier de ellas, a fin de no agravar el mal, y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia el fallo definitivo.

III. 3.2.1 Caso: Honduras y Nicaragua vs El Salvador y Guatemala.

En 1908 se generó un conflicto que enfrentó a Honduras y Nicaragua, contra El Salvador y Guatemala, por apoyar los segundos, un movimiento revolucionario en contra de los primeros. Las tropas de El Salvador se internaron en Nicaragua para instaurar un gobierno común para Honduras, El Salvador y Guatemala, con el propósito de combatir a Nicaragua, ligado este a los EUA.

Honduras y Nicaragua demandan a El Salvador y Guatemala. Se solicitaron medidas conservatorias destinadas a mantener el *status quo*.

En la parte considerativa de la resolución, a manera de preámbulo, se destacan los elementos de provisoriedad y mutabilidad de las medidas cautelares. Se pueden advertir medidas tanto negativas, como positivas. En cuanto a las primeras, se obligó a los estados demandados a renunciar a toda medida o movimiento militar, territorial, naval o cualquier acto de esta naturaleza.

En cuanto a medidas cautelares positivas advertimos las siguientes:

- ⌘ Están *obligados a confinar* en el mismo lugar a todos los inmigrantes sospechosos de estar interesados en la revolución de Honduras o de ser hostiles al gobierno de Honduras.
- ⌘ Están *obligados a perseguir* a toda persona que apoye este conflicto de cualquier manera.
- ⌘ Están *obligados al desarme y al confinamiento* en un sitio de toda fuerza revolucionaria en un sitio de toda fuerza revolucionaria que ingrese a su territorio. (E)
- ⌘ Están *obligados a reducir* sus fuerzas militares en la proporción necesaria para el servicio ordinario [...] (inciso G.)

III. 3.2.2 Caso: Nicaragua vs Costa Rica y El Salvador.

Controversia entre Nicaragua vs Costa Rica y El Salvador, acaecida en 1916. El 5 de Agosto de 1914 Estados Unidos de América y Nicaragua firman una Convención, en la cual este cedía a aquel dos derechos: la propiedad exclusiva de los terrenos e instalaciones necesarios para la construcción de un canal interoceánico, que uniera al Atlántico y al Pacífico, en la ruta del Río San Juan y el Lago de Nicaragua y; Segundo, se concedía permiso a los estadounidenses para construir una base naval en Bahía de Fonseca, en las costas del Pacífico. A cambio de ello, Estados Unidos se comprometió a pagar la cantidad de tres millones de dólares.

Se generó la inconformidad de Costa Rica y El Salvador. El primero por afectarle la zona donde se construiría el canal. El Salvador por alegar que la Bahía de Fonseca ponía en peligro su seguridad y que pertenecía a todos los países centroamericanos, y no sólo a Nicaragua.

Respecto de la resolución de El Salvador y Nicaragua, en Septiembre de 1916 la Corte emitió medidas cautelares de carácter positivo, la cual no fue acatada por Nicaragua, pero que consistió en:

- ▣ Restablecer la situación de la Bahía de Fonseca tal cual existía anteriormente.

III. 4 Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este apartado nuestro objeto principal es el estudio del instrumento de tutela del órgano jurisdiccional del sistema interamericano, las medidas provisionales. No obstante que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene una estructura dual, por la Comisión y la Corte, y la primera tiene facultad reglamentaria de emitir medidas cautelares, de las que registramos algunas positivas, al tener estas últimas el carácter de meras recomendaciones,

desestimamos aquí su estudio, pues se trata de acercarnos aquellas que tengan elementos como la obligatoriedad de la suspensión del acto reclamado.

La Corte IDH tiene de manera general, tres tipos de competencia: contenciosa, consultiva y la preventiva¹⁶⁰. En cuanto esta última, tiene atribución abierta de ordenar medidas provisionales, de conformidad con lo dispuesto por el 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que textualmente establece:

"En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

De la lectura del precepto de la Convención, la jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrina sobre el tema se desprenden los presupuestos, la naturaleza de las medidas y los derechos que pueden y han sido protegidos. De esta suerte, en cuanto al primer elemento, en las medidas interamericanas se encuentran los presupuestos de apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, como se desprende de las expresiones "evitar daños irreparables a las personas" y "extrema gravedad y urgencia", respectivamente.

Antonio Cancado Trindade, expresidente de la Corte IDH-, sostuvo que las medidas provisionales constituyen "verdaderas garantías jurisdiccionales de carácter preventivo", que otorgan tutela al derecho, porque efectivamente lo protegen, y lo previenen de sufrir daños¹⁶¹. A partir de entonces la Corte IDH sustenta un sistema dual en las medidas interamericanas, pues expone que son tanto cautelares – para asegurar un pronunciamiento jurídico, cuando está en conocimiento del asunto-, como tutelares – porque proteger los derechos humanos de la persona, cuando aún

¹⁶⁰ Vázquez Ortiz, Loretta, *op.cit.*, p.18.

¹⁶¹ *Ibidem.*, pp.171.

no lo están conociendo¹⁶². Sergio García Ramírez sostiene que la pretendida dualidad tiene que ver más con un asunto de énfasis, que de esencia¹⁶³.

Los derechos que pueden ser protegidos, son todos y cada uno de los que recoge la Convención Americana, no sólo la vida, la muerte o la integridad corporal. Los argumentos para esta extensión son variados. Primero, que no existe una discriminación de derechos en el propio fundamento de las medidas –artículo 63.2-; Segundo, que todos los derechos pueden estar sujetos a un grado de riesgo importante, y darse el elemento irreparabilidad¹⁶⁴ y; Tercero, bajo el principio de interdependencia, todos los derechos están íntimamente relacionados, por lo que al afectarse uno, en consecuencia, se afectan los demás.

La Corte IDH ha protegido de forma provisional los derechos a la vida, la libertad, la integridad personal, libertad de expresión (*Caso Blake*), libre circulación y residencia (*Caso Comunidades de Paz San José de Apartadó y del Jiguamiandó y del Curbaradó*) libertad de asociación (*Caso Carlos Nieto*), acceso a servicios de salud (*Caso De la Cruz Flores*), propiedad colectiva, uso y disfrute de los recursos naturales (*Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngobe y sus miembros y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*)¹⁶⁵.

Como ejemplos, la Corte IDH ha dictado entre otras las siguientes medidas provisionales: 1. Tener agentes de seguridad; 2.- Que se suspendieran los efectos de sentencias mientras se resolvía el asunto en el plano internacional; 3.- Recuperar la libertad; 4.- Someterlos a un nuevo juicio¹⁶⁶.

Es una práctica común de la Corte IDH otorgar medidas provisionales de carácter positivo, sin embargo, en ningún caso se concede la restitución provisional sobre la pretensión que se reclama de manera principal, sino sólo de aquellas que se pide de

¹⁶² Corzo Sosa, Edgar, *Medidas provisionales de la corte interamericana de derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 21, 22 y 23.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶⁴ Sergio García Ramírez en Vázquez Ortiz, Loretta, *op.cit.*, pp.177 y 178.

¹⁶⁵ Corzo Sosa, Edgar, *op.cit.*, pp. 21, 22 y 23.

¹⁶⁶ Burbano Herrera, Clara, *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte, el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa- IMDPC, 2012. p. 5.

forma secundaria, pues se ha pronunciado por la negativa a prejuzgar el fondo del asunto¹⁶⁷. Sobre el particular, los siguientes casos¹⁶⁸:

En el caso *haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República dominicana*, resolución del 18 de agosto de 2000, Corte IDH ordenó en vía provisional:

- ✦ Requerir al Estado de República Dominicana que *colabore* con Antonio Sesión para *obtener información* sobre el paradero de sus familiares en Haití o en la República Dominicana. (Punto número 6 de la resolución /Página 174)
- ✦ Requerir al Estado de República Dominicana que, en el marco de los convenios de cooperación pertinentes entre la República Dominicana y Haití, *investigue* la situación de Jantsy Fils-Aime y William Medina Ferreras bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para agilizar el resultado de las investigaciones.

En el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, resolución del 24 de Noviembre de 2000, la Corte IDH ordenó medidas provisionales positivas abiertas, para protección del derecho a la seguridad en su domicilio:

- ✦ Requerir al Estado de Colombia que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual. (Punto número 5 de la resolución/ Pág. 175).
- ✦ Requerir al Estado de Colombia que asegure las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de San José de Apartadó que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares.

En el caso *de los niños y adolescentes privados de la libertad en el "Complejo do Tatuapé de FEBEM vs Brasil*, resolución del 30 de noviembre de 2005, en el resolutive 3, se dictan una serie de medidas positivas, en sumo interesantes para esta investigación:

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 140.

3. Requerir al Estado que, sin perjuicio de las medidas de implementación inmediata ordenadas en los resolutivos anteriores, adopte aquellas necesarias para:

- ✦ (a) reducir sustancialmente el hacinamiento en el "Complejo do Tatuapé";
- ✦ (b) *decomisar las armas* que se encuentren en poder de los jóvenes,
- ✦ (c) *separar a los internos*, conforme a los estándares internacionales sobre la materia y teniendo en cuenta el interés superior del niño, y
- ✦ (d) *brindar la atención médica necesaria a los niños internos*, de tal forma que se garantice su derecho su derecho a la integridad personal. En este sentido, el Estado deberá realizar una supervisión periódica de las condiciones de detención y el estado físico y emocional de los niños detenidos, que cuente con la participación de los representantes de los beneficiarios de las presentes medidas provisionales.

En cuanto a la carga de la prueba, corresponde al solicitante, y en esta sede provisional en muchas ocasiones se realiza con base en *presunciones*¹⁶⁹.

III. 5 Medias cautelares positivas e institutos afines en algunos sistemas jurídicos de Europa.

III. 5.1 Francia

Para el estudio de las resoluciones provisionales en Francia e Italia, nos apoyaremos en la obra de Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la nueva justicia administrativa*¹⁷⁰. En lo relativo al primero de los países, entre nosotros, ya Tront Petit, en su libro *Manual de los incidentes del juicio de amparo*¹⁷¹ abordaba uno de los procesos rápidos que haremos mención líneas adelante, los *réfère*.

¹⁶⁹ Corzo Sosa, Edgar, *op.cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁷⁰ Chinchilla Marín, Carmen, *La Tutela Cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1991, pp. 65- 132.

¹⁷¹ Tron Petit, Jean Claude, *op.cit.*, p. 201.

Sin más preámbulo, entramos al estudio de la legislación francesa. De este país se contemplan procesos sumarios que dan satisfacción de inmediato a las pretensiones del promovente, siendo estos: los procesos del *référé*, las *ordonnances sur requête* y procesos *d'injonction*.

De Francia entonces estudiaremos estos procesos sumarios, que no medidas cautelares, que sin bien es cierto, son cosas procesalmente distintas, en tanto el primero es autónomo y no necesita de otro proceso, y el segundo sí, puesto que es un instrumento de una providencia principal, por sus efectos y características, resultan institutos afines como se verá con oportunidad en este apartado. En el orden anunciado, los exponemos enseguida.

III. 5.1.1 Los procesos de *référé* en materia civil.

Los procesos del *référé* tienen su antecedente más remoto en el siglo XVII, y son de origen jurisprudencial. Estuvieron regulados en el Código Procesal Civil de 1806 y actualmente en el Código Procesal Civil de 1975, en los artículos 484 y 808-809.

Son procesos a instancia de parte, con garantía de audiencia para la contraria en breve plazo (generalmente tres días), sumario, con resolución provisional, que no adquiere calidad de cosa juzgada, modificable y ejecutable de inmediato. La resolución admite recurso y puede ser objeto de un proceso declarativo posterior. Se prohíbe al juez adoptar medidas que implique la decisión definitiva del asunto, especialmente condenar al pago de una cantidad de dinero (salvo el *référé* provisión, que explicaremos más adelante).

El juez está facultado para imponer multas, medidas de apremio que en la práctica hace que las resoluciones sean debidamente cumplidas. La resolución puede ser desestimatoria o estimatoria, y en este caso, conceder total o parcialmente la pretensión del promovente, o incluso dictarse otra medida menos "rigurosa".

Existen diversos tipos de *référé*, los cuales analizaremos de forma particular.

III. 5.1.1.1 Référé clásico en caso de urgencia.

Para la procedencia de este *référé* deben concurrir dos presupuestos: 1) urgencia, 2) Que no exista una *contestation sérieuse* (que aparezca con toda evidencia, como infundada; que el juez no la puede rechazar, sin dudar). De darse los elementos indicados, el juzgador puede ordenar la medida que sea necesaria, lo que significa que está prevista una cláusula abierta.

Las medidas que pueden adoptarse en el *référé* son de tres tipos: las primeras, de conservación, provisionales o de salvaguarda, las segundas, de instrucción o información, y en tercer lugar, de expulsión. Para los efectos de nuestro trabajo, las que interesa destacar son las primeras y las últimas.

En el *référé* de conservación, provisionales o de salvaguarda se pueden dictar las siguientes medidas:

- ✦ Permiso para pasar por un fundo vecino para reparar urgentemente un muro.
- ✦ Elección de un colegio para un niño, cuando los padres no se ponen de acuerdo.
- ✦ Designación de un administrador.

En lo relativo al *référé* de expulsión, se han dictado las siguientes medidas:

- ✦ Expulsión en arrendamientos.
- ✦ Expulsión en huelgas con ocupación de locales.
- ✦ Expulsión de ocupantes sin justo título.

III. 5.1.1 .2 Référé de remise en état.

Este tipo de proceso rápido, es procedente incluso en presencia de una *contestation sérieuse*. Aún y cuando nuestra autora en mención, no pone en relieve ningún ejemplo práctico de esta medida, interesa puntualizar ahora que por mediación de este *référé*, con el objeto de "prevenir un daño inminente o para hacer cesar un

trastorno manifiestamente ilícito" puede, el juzgador – El Presidente del Tribunal o el Magistrado delegado-, dictar medidas tanto conservativas, como:

- ✦ De restablecimiento.

III. 5.1.1 .3 Référé provisión

Este référé es el que mayor similitud presenta con la suspensión con efectos restitutorios provisionales que ha adoptado México. El fin de este *référé* es una obligación de dar de forma provisional. El juez ordena al deudor, que entregue al acreedor, una provisión, dado que existe una obligación evidente, no seriamente cuestionable. Ejemplos de estas resoluciones tenemos los siguientes:

- ✦ La reparación de daños corporales en accidentes de circulación.
- ✦ La reparación de daños imputables a defectos en construcciones.

La experiencia de este proceso francés, - según nos informa nuestra autora-, nos da cuenta que el momento de la provisión o pago provisional, es de aproximadamente entre el veinticinco al cincuenta por ciento del total de la deuda, aunque existen casos que puede ser de la totalidad, tal es el caso de:

- ✦ El pago de alquileres impagados.

III. 5.1.1.4 Référé-injonction

Tal y como se nos informa en la obra de referencia de este apartado, este proceso no ha tenido éxito, en consecuencia, ha resultado ineficaz. Lo rescatamos para esta exposición, porque de tener operatividad, sería un extraordinario referente para nuestra suspensión del acto reclamado, en cuanto nos referimos a sus efectos restitutorios provisionales. En el proceso francés que ahora abordamos su estudio, el juez puede ordenar la ejecución de una obligación, de hacer o de dar. Si esta obligación no es seriamente cuestionable, el juez puede ordenar:

- ⌘ La entrega o restitución de un bien;
- ⌘ La prestación de un servicio.

III. 5.1.2 Los procesos de *référé* en el proceso contencioso administrativo.

Después de la eficacia de los *référé* en el proceso civil, Francia las establece para su proceso contencioso administrativo. Sin embargo, desde el punto de vista de la protección de derechos fundamentales, ello significa un retroceso, pues en lugar de servir de instrumento de protección al administrado, fue aprovechado por la administración, quien estuvo legitimada para instarlos. Es así, que la administración obtuvo de los Tribunales competentes, "todo ello cuando la demanda... no era seriamente discutible", las siguientes resoluciones provisionales:

- ⌘ La expulsión de ocupantes sin título de bienes de dominio público.
- ⌘ La expulsión de la Directora de una Escuela.
- ⌘ La puesta a disposición de un Ayuntamiento de todos los medios necesarios para el funcionamiento de un servicio público por parte del concesionario

Mediante decreto de 2 de Septiembre de 1988, se adiciono un párrafo al artículo 102 del Código de los Tribunales Administrativo, para incorporar el *référé* provisión en el contencioso administrativo. El juzgador puede acordar la entrega en dinero al acreedor que ha presentado demanda, siempre que la deuda no resulte seriamente cuestionable. Se estipula como un requisito de eficacia de la resolución, el que se otorgue una garantía¹⁷².

El ámbito del *référé* de provisión administrativo se circunscribe a la función pública, sustantivamente a la órbita de la responsabilidad administrativa objetiva. Casos concretos de estas resoluciones, encontramos las que preciso ahora:

¹⁷² Artículo 102 del Código de Tribunales administrativos de Francia: "El Presidente del Tribunal Administrativo o la Corte administrativa en apelación, o el magistrado en quien deleguen, podrán acordar una provisión al acreedor que haya presentado una demanda de fondo, invocando una obligación cuya existencia no resulte seriamente cuestionable. Asimismo podrá, incluso de oficio, condicionar la entrega de la provisión a la constitución de una caución."

*La suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia*

- ✦ Provisión por supuestos daños derivados de intervenciones quirúrgicas en hospitales públicos.
- ✦ Provisión por daños causados por obras públicas.

Carmen Chinchilla cita una estadística que elabora Robert Viargues, entonces Presidente del Tribunal Administrativo de Lyon, sobre el primer año de aplicación del *référé* de marras. De 344 demandas – recordemos que se trata de procesos-, 280 obtuvieron pronunciamiento de fondo, y de estas últimas, solo 67 fueron estimatorias, lo que significa un 25%. En cuanto al monto de la provisión, la mayoría han resultado montos bajos, en francos, de esta manera: una de tres millones, una de dos millones, seis de entre uno y dos millones, y la casi la mitad de las provisiones.

Por ultimo en este lugar, expone nuestra autora, un caso que no tuvo éxito, pero que resulta por demás interesante y nos motiva a la reflexión. Una compañía de seguros promueve un *référé* provisión en contra de la administración por los daños causados en sus instalaciones por manifestantes. Aún y cuando para nosotros, y así lo advertimos en Chinchilla Marín, se trata de una responsabilidad objetiva, en tanto el estado debe brindar seguridad, y resulta responsable por los daños causados por sus ciudadanos, dicha demanda fue desestimada. De resolverse en sentido contrario, el caso hubiera sido el siguiente:

- ✦ La entrega de una provisión del gobierno a una persona afectada, por daños causados en su propiedad, por ciudadanos manifestantes.

Un proceso o medida de este tipo en la Ciudad de México, en donde los manifestantes exceden los límites de su derecho a la libertad de expresión, ocasionado destrozos a propiedades privadas, casas habitación y establecimientos mercantiles, tendría un lugar de oportunidad muy interesante.

III.5.1.2.1 Las *ordonnances sur requête*.

A diferencia de los *référé*, las *ordonnances sur requête*, son procesos que adoptan medidas provisionales, inaudita parte. Para su procedencia, se necesitan dos presupuestos: urgencia y la necesidad de aportarlas sin audiencia de la contraparte.

Es importante resaltar en qué casos no son procedentes estos procesos rápidos. No es posible adoptar medidas que sean "irreversibles", que atenten contra los derechos aparentes de la contraria, o que se trate de condenas de pago de dinero. Estas resoluciones son las siguientes:

- ✦ Autorizaciones de constatación: para acreditar el adulterio, las visitas domiciliarias, o la designación de agentes judiciales para proceder a la búsqueda de documentos.

III. 5.2 Italia: la suspensión en el proceso contencioso administrativo.

Como si se tratará de una apreciación realizada en nuestro país, en Italia una "lógica interpretación literal" de la norma generó que por años, la suspensión del acto impugnado fuera la única medida cautelar del contencioso administrativo, - como entre nosotros en el juicio de amparo-.

El caso italiano representa un referente más próximo para la suspensión del acto reclamado en el amparo en nuestro país, precisamente porque la suspensión en el contencioso administrativo en Italia, tenía en principio sólo efectos paralizantes, sufriendo una mutación para admitir efectos restitutorios provisionales, cosa que ocurrió muchos años después en México, como hemos dejado constancia en el primer capítulo de esta investigación.

La metamorfosis de la medida cautelar italiana, fue un proceso en tal grado idéntico al de México, que lo aquí nuestros autores llamaron desnaturalizar la suspensión¹⁷³, allá resultó una aplicación "contra natura", tal y como da cuenta nuestra doctrinista, Chinchilla Marín en su apartado "actos negativos y medidas cautelares: una aplicación <<contra natura>> de la suspensión", del que ahora nos ocupamos.

Expuesto lo anterior, en el proceso contencioso administrativo en Italia, la suspensión pasó de ser procedente únicamente para actos positivos, irradiando efectos paralizantes, para albergar también la posibilidad de suspender actos negativos, restituyendo provisionalmente el derecho que se alega violado. La investigadora española, citando a FOLLIERI, para quien esta medida opera como un grifo, el agua está en el tubo, algunas veces es necesario dejar correr el agua, y otras, cerrarlo para que no pase.

La medida cautelar para actos negativos es procedente si asisten los siguientes presupuestos: Primero, que se trate de actos denegatorios, entre nosotros se trataría de actos negativos, en los que la autoridad se niega expresamente a obrar en el sentido solicitado, y; Segundo, que ese acto que se solicita y es negado, su contenido, forma y plazo de emisión estén previsto en la ley. (126)

De esta manera, bajo la suspensión con efectos positivos, se han ordenado las siguientes medidas:

- ✦ La admisión condicional de un candidato a examen de grado, con efectos provisionales pendientes de la resolución del recurso. (125)
- ✦ La admisión en concursos públicos. (124)

No es procedente la restitución provisional cuando se trata de denegación de autorizaciones y licencias, actos que tutelan "intereses públicos importantes", y que si se conceden cautelarmente podrían sufrir grave e irremediabilmente.

Mediante la sentencia 190 de 26 de Junio de 1985 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional que únicamente se previera la suspensión como única medida

¹⁷³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit*, p.711.

cautelar en el contencioso administrativo, de ahí que resultara aplicable por supletoriedad el artículo 700° del Código Procesal Civil al proceso contencioso administrativo.

Junto con las medidas típicas del Código Procesal Civil italiano, se establece la posibilidad de adoptar medidas atípicas o innominadas - artículo 700°. Teniendo como presupuestos el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho, se podrán solicitar medidas que "aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo". (127)

De esta manera, se han ordenado las siguientes medidas restitutorias con efectos provisionales:

- ⌘ El pago de prestaciones, de ayuda familiar y un complemento especial, solicitado por profesores de la Universidad de Génova.
- ⌘ El pago de prestación, el plus de peligrosidad, solicitado por funcionarios del Ayuntamiento de S. Pietro Vernotico.

III. 5.3 España: la suspensión en el proceso contencioso administrativo.

Como ocurría previamente en Italia, y con posterioridad en México, en España, "los estrechos alcances" de la suspensión, dadas las apremiantes necesidades, obligó a su apertura, a su ampliación, para que aprovechando la misma medida cautelar, extendiera su manto protector contra los actos negativos u omisivos de la autoridad. No olvidemos que en los países europeos se trata del contencioso administrativo, y en nuestro país de un medio de control constitucional al alcance de toda persona.

Para el estudio del caso español, tomaremos como base la obra de Eduardo García de Enterría, titulada *la Batalla por las Medidas Cautelares, derecho comunitario*

europeo y proceso contencioso-administrativo español¹⁷⁴, que reúne diversos artículos elaborados por él, compilados en esa obra.

III. 5.3.1 Apertura a las medidas cautelares positivas.

La resolución que abrió el camino para las medidas cautelares positivas en el contencioso administrativo, lo fue el auto de la Tercera Sala del Tribunal Supremo español, de 20 de Diciembre de 1990. Se trata de un *leading case* en palabras de nuestro autor, que establece nuevo paradigma de la tutela cautelar, más aun, en la propia justicia administrativa.

Este auto expone la justificación de la apertura a las medidas cautelares positivas, el derecho fundamental involucrado, el principio general del derecho que lo sustenta, fija los presupuestos, el alcance de la potestad jurisdiccional.

Los abusos de la autoridad, ostensibles, patentes y manifiestos, visibles *ictu oculi*, son la justificación de la apertura de la suspensión. Así, el maestro emérito de la Universidad Complutense sintetiza esta necesidad "la administración se ampara en un privilegio formal para sostener una injusticia de fondo", en clara alusión a la ventaja procesal que significa que se prevea únicamente la suspensión-paralizante. (209).

El derecho a la tutela judicial efectiva, tiene una primera línea de acción, en otro verdadero derecho fundamental, a la tutela cautelar, ambos con sustento constitucional en el artículo 24 de ley suprema española. El derecho fundamental a la tutela cautelar, implica la posibilidad de adoptar la medida cautelar que resulte necesaria para proteger el derecho fundamental que se trate, de ahí que si no alcanzan los "estrechos alcances de la suspensión" deben dictarse incluso medidas con efectos positivos.

¹⁷⁴ García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª. Ed., Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 201-229; 251-267; 279-293.

La apariencia del buen derecho se posiciona como el elemento capital de la nueva suspensión, sin olvidar desde luego, el peligro en la demora. El *fumus boni iuris* significa hacer una valoración de las posiciones iniciales de las partes en el proceso, con objeto de otorgar ventaja procesal a quien aparezca *prima facie* con mejor derecho.

Sentadas las bases de la nueva concepción de la suspensión en el contencioso administrativo, por el Tribunal Supremo español, se dieron enseguida los primeros casos.

III. 5.3.2 Primer antecedente de medida cautelar positiva.

El auto de 21 de Marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es considerada por nuestro autor como la primera que se concede medidas cautelares positivas en dicho proceso, en España.

Si bien es cierto, en esta ocasión no se restituye exactamente en el derecho que solicita el promovente, en la resolución de mérito se desprende la intención de hacerlo en caso no cumplir esta primera resolución. Se trata de una tutela cautelar que se compone de fases sucesiva. En un primero momento se obligará a fundar y motivar, y se anuncia, que en caso de no cumplir, se concedería precisamente lo que se pide, una restitución provisional.

Antes de entrar al estudio particular del caso concreto, nos permitimos adelantar la utilidad que la medida obtuvo. El fin de la medida cautelar concedida fue para que la administración emitiera un nuevo acuerdo, en el que explicara los motivos de su negativa. Sin embargo y derivado de la instancia cautelar, la administración decidió acceder a lo solicitado. Es decir, si bien es cierto, se cumplió el objetivo del promovente de forma extraprocesal, esta es una de las bondades que las medidas positivas representan, disuadir de seguir procesos largos e inútiles.

Ahora así, el caso concreto. Se trata de un acuerdo - de 2 de abril de 1990, que deniega a la inscripción de la Sociedad Anónima Recurrente en el Registro de Entidades de Inspección y Control Reglamentario (ENICRE), para la actuación en materia de seguridad industrial en los ámbitos reglamentarios de apartados de presión, vehículos y contenedores.

El recurrente solicitó como en otras, una medida cautelar positiva, consistente en habilitarla en la ENICRE, para actuar, en tanto se tramitaba el recurso, como si dispusiera de la autorización que se le ha negado por los actos recurridos.

Al advertir el Tribunal que no se señalaron los motivos de fondo que justificaran la negativa de la administración, y sin descartar en otra oportunidad conceder la medida cautelar solicitada por el recurrente, ordenó una medida cautelar positiva, que no restituye respecto del derecho cuya violación se reclama, consistente en sede cautelar, de la emisión de un nuevo acuerdo en el que le indique las motivos de fondo que sustenta la negativa de la administración. Por su importancia se transcribe el resolutivo del Tribunal:

“SIN PERJUICIO DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES QUE POSTERIORMENTE PUEDAN SER ACORDADAS, ACUERDA AHORA EL TRIBUNAL, CON EL CARÁCTER DE MEDIDA CAUTELAR POSITIVA, REQUERIR A LA ADMINISTRACIÓN AUTORA DE LOS ACTOS RECURRIDOS PARA QUE, EN EL PLAZO DE TREINTA DÍAS HÁBILES, DICTE UNA NUEVA RESOLUCIÓN EXPRESIVA: 1.º) DE LOS MOTIVOS DE FONDO, SI LOS HUBIERE, DETERMINANTES DE LA DENEGACIÓN ACORDADA EN DICHOS ACTOS; 2.º) DE LA CONEXIÓN DE ELLOS CON EL VALOR SEGURIDAD DE PERSONAS Y BIENES, Y 3.º) DEL CARÁCTER SUBSANABLE O INSUBSANABLE DE LAS DEFICIENCIAS APRECIADAS”.

Derivado de la medida cautelar indicada, mediante resolución de 23 de Mayo de 1991, se otorgó la inscripción al recurrente. Restitución provisional que debe reputarse como un cumplimiento extraprocesal.

De no haberse atendido la medida, el Tribunal anunció que de concurrir los elementos, hubiera ordenado la inscripción provisional o de habilitación para actuar en tanto el proceso de fondo se substancia.

En línea de este trabajo, destacamos en la primera, la medida concedida, y en segundo lugar, la que hubiere sido ordenada en su caso:

- ⌘ Se dicte una nueva resolución en la que se expresen los motivos de fondo de la negativa a inscribir en Registro al petitionerario, que lo habilite para operar ciertos negocios mercantiles.
- ⌘ La inscripción o habilitación provisional en un Registro, que permita desempeñar una actividad comercial.

III. 5.3.3 Segundo antecedente de medida cautelar positiva.

Entramos de inmediato los hechos que constituyen los antecedentes del proceso y de la medida cautelar concedida. La autoridad municipal de Bilbao negó el permiso de funcionamiento para establecer un restaurant cafetería, con el argumento de que la legislación prohíbe instalar otro giro del mismo tipo a cierta distancia. La negativa se motiva porque en la parte posterior se encuentra ya en operación un restaurant.

Ante la negativa, el ciudadano recurre ante el Tribunal Administrativo del País Vasco, para solicitar además de la prestación principal, se concedan a su favor, medidas cautelares que le permita poner en funcionamiento su negocio, o se le otorgue provisionalmente dicha licencia. En su argumentación, expone, que de no proceder así, se provocaría que enajenara su negocio, por el peligro en la tardanza de la resolución final.

Advirtiendo el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho, el Tribunal concede una medida cautelar positiva, aunque no en los términos pedidos por el recurrente. Explica que no concede en la forma solicitada, porque el procedimiento administrativo seguido ante la autoridad apenas inicia, que le han negado la licencia al no cumplir con un requisito, pero que aun depurando este, aparecen otros que deben cumplirse (informes, calificaciones, medidas correctoras).

La medida cautelar positiva concedida fue para el efecto de ordenar se siguiera el procedimiento administrativo, interpretándose el artículo que impone la restricción de no instalar otro negocio cerca de otro ya en funcionamiento, de tal modo que la distancia entre uno y otro giro, se tome desde la entrada principal de cada uno, y no a partir los límites colindantes, con lo cual se salva dicha prohibición.

Reiteramos que fue con vista en la apariencia del buen derecho, que el Tribunal concedió la medida, ya que al observar el expediente, advirtió fotografías del lugar donde se encontraban ambos negocios. En cuanto a este presupuesto apuntó:

“por principio, y sin prejuzgar el contenido de la resolución de fondo que en su día deba ser dictada, más conforme al espíritu y finalidad de la norma aplicada que la distancia sea medida, en casos como el de autos, desde la fachada opuesta por la que tendrá su única entrada el establecimiento proyectado; siendo así que, a la luz de los datos de que ahora se dispone, cualquier medición hecha en el sentido que acaba de ser dicho arrojaría una distancia superior a la exigida por el repetido artículo 7°.”

Por las anteriores consideraciones, se dicta la siguiente medida cautelar positiva:

“Tal medida no es otra que la de imponer a la Administración el deber de continuar el procedimiento que abrió la solicitud de licencia, pero en las bien entendidas ideas a) de que la distancia prevenida en el artículo 7 de la Ordenanza no habrá de ser medida en la forma en que se ha hecho, y sí en la forma que ha quedado dicha en el cuarto de estos razonamientos jurídicos; y b) de que si la resolución final del procedimiento, cuya continuación se impone como medida cautelar, fuera ahora, por mor de la nueva forma de medir que se impone, favorable a la concesión de la licencia, ésta habrá de entenderse a todos los efectos jurídicos de carácter provisional y condicionada al contenido de la resolución firme que ponga fin al recurso contencioso-administrativo del que dimana la presente pieza”.

De las dos últimas citas, que corresponden a las consideraciones y resoluciones de la medida cautelar en estudio, se desprenden los elementos de provisionalidad e instrumentalidad.

En síntesis, la medida cautelar positiva dictada en este auto, fue la siguiente:

- ▣ Que la administración continúe el procedimiento para el otorgamiento de licencia, e interprete un artículo en beneficio del promovente.

En estudio de las medidas cautelares positivas del proceso contencioso administrativo español, Restrepo Medina, cita a Campos Cabal, quien nos ofrece un elemento para determinar cuando no proceden, y textualmente establece: "lo cual excluye su aplicación en aquellos eventos en los cuales su concesión cree un estado irrecuperable que implique una decisión definitiva del asunto"¹⁷⁵.

Derivado de ello se puede desprender el principio de irreversibilidad como límite para la concesión de medidas cautelares de corte restitutorio provisional. Como ejemplo de improcedencia cita por ejemplo: "el otorgamiento de la nacionalidad". Sin embargo, considera procedente una medida cautelar positiva, en este caso:

- ✦ La admisión de un estudiante en una escuela.

A manera de síntesis en este capítulo: Primero, los actos negativos y las omisiones, han sido materia de restitución provisional en otras disciplinas del derecho; Segundo, los derechos fundamentales que han sido protegidos de manera provisional en otras disciplinas del derecho, son la libertad personal, el acceso al domicilio, a los servicios de salud y a la educación; Tercero, los derechos cuya prestación requiere de una serie sucesiva de actos (como los alimentos), representan una situación jurídica duradera (presupuesto en materia administrativa federal en México), que pueden permanecer desde que se concede una medida cautelar positiva hasta que se dicta la providencia definitiva, sin dejar sin materia el juicio; Cuarto, existen derechos cuya prestación es instantánea, es decir, que se agotan en un solo acto, que han sido objeto de medidas cautelares positivas; Quinto, De la exposición aquí del derecho administrativo francés y del contencioso administrativo español, desprendemos un principio que puede resultar relevante para la procedencia de la restitución provisional: el principio de reversibilidad; Sexto, el grado de prueba requerido en materia de medidas cautelares corresponde a presunciones (alimentos del derecho familiar, medidas provisionales de la Corte IDH).

¹⁷⁵ Restrepo-Medina, Manuel Alberto. "La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo." *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7.2 (2005): 191-205, p. 16.

CAPITULO IV SUSPENSIÓN A PETICIÓN DEL QUEJOSO EN EL AMPARO INDIRECTO: INCIDENTE.

IV.1 Trámite

En el ámbito del derecho procesal, "los incidentes son pronunciamientos contingentes respecto de una cuestión, que sobreviene en el curso del juicio"¹⁷⁶. A través de un incidente se pueden dilucidar cuestiones como la personalidad de alguna de las partes, la incompetencia del juzgador, la reposición de autos, la nulidad de actuaciones, la liquidación de la sentencia, etcétera.

En lo relativo al amparo, "...son decisiones sobre eventualidades o cuestiones relacionadas con el tema de fondo"¹⁷⁷. En la LA existe una gama importante de incidentes nominados, que Tront Petit agrupa en alguna de las etapas del juicio de amparo, por el momento procesal en que acontecen: instrucción, decisión, cumplimiento y suspensión¹⁷⁸. Además, el Art. 66 de la LA deja abierta la posibilidad para que se tramiten otro tipo de incidentes, aquellos que por su naturaleza ameriten ese tratamiento y surjan durante el procedimiento, a lo que se califica de innominados.

Existen dos incidentes que pueden presentarse en cualquier de las etapas, el de reposiciones de constancias de autos (Art. 68) y el de nulidad de actuaciones (Art.70).

Enseguida solo la enunciación de incidentes nominados de la legislación actual. Por cuanto hace a la etapa de instrucción, se presentan los siguientes incidentes: calificación de impedimento (Arts. 51-60), conflicto competencial (Arts. 33-40),

¹⁷⁶ Tront Petit, Jean Claude, "Incidentes", en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 208

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Tront Petit, Jean Claude, "Incidentes...*cit.*", pp. 214-246.

obtención de documentos (Art. 121), objeción de documentos (Art. 122), ampliación de la demanda por diversos fundamentos y motivos (Arts. 117 y 124) y sobreseimiento por causal advertida de oficio (Art. 64).

En el momento procesal de la decisión y actos posteriores, pueden suscitarse los incidentes de publicidad de proyectos, con análisis de constitucionalidad o convencionalidad de tratados (Art. 73 segundo párrafo), aclaración de sentencia (Art. 74) y de determinación de efectos y medidas (Art. 77 cuarto párrafo). Una vez que ha causado ejecutoria la sentencia, cuando tiene que darse cumplimiento al fallo protector, los incidentes pueden ser: para definir cumplimiento y liquidación de prestaciones (Art.77, Frac. II y 193 cuarto párrafo), declaratoria general de inconstitucionalidad (Art. 231-235), repetición del acto reclamado (Art. 193, 199 y 200), calificación del cumplimiento de ejecutoria (Art.196), cumplimiento sustituto (Art.204 y 205), incidente de inejecución (Art. 201-203).

En lo relativo a la suspensión del acto reclamado, existen diversos incidentes: propiamente el incidente que se pronuncia respecto de la suspensión provisional y la definitiva a petición del quejoso, (Arts. 128-158), el incidente de la suspensión de oficio (Art. 127), revocación o modificación a la suspensión (Art.139 y 154), incidente de exceso o defecto en el cumplimiento de la suspensión (Arts. 206-209), y el de daños y perjuicios (Arts.206-209).

Para lo que a nuestro trabajo atañe, se puede concluir que el incidente que resuelve la suspensión, es el de mayor relevancia dentro del amparo indirecto. Al promover el juicio de derechos fundamentales "se plantean simultáneamente dos cosas, la principal o fundamental, declarar la inconstitucionalidad del acto, restituyendo al quejoso en el goce del derecho que estima violado, y la segunda, la suspensión del acto reclamado"¹⁷⁹ en los términos amplios en que hoy debe concebirse.

Participamos con la propuesta que en lugar de denominarse 'incidente de la suspensión', lo propio sería modificar su nomenclatura para que se identifique como 'incidente cautelar del amparo', en el que la suspensión sea la providencia principal

¹⁷⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 781.

más no la única¹⁸⁰. Para ello sería necesaria una reforma legal, mientras ello acontece, lo expondremos como incidente de la suspensión del acto reclamado a petición del quejoso.

IV.1.1 Auto de admisión del amparo.

El requisito *sine qua non* para que el Juzgado de Distrito o Tribunal Unitario ordene la apertura del incidente de la suspensión es que exista petición expresa por parte del quejoso.

Generalmente la solicitud se hace en la propia demanda de amparo, y constituye uno de sus puntos petitorios, aunque en términos de lo dispuesto por el Art. 130 de la LA puede solicitarse en cualquier momento hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia.

Al encontrarse la petición de la suspensión en la propia demanda, sigue la suerte de esta¹⁸¹. El auto inicial del juzgador de amparo puede ser en tres sentidos: auto que desecha la demanda (Art. 113 LA) por advertirse una causa manifiesta e indudable de improcedencia¹⁸² de la acción principal, lo cual hace innecesario pronunciarse sobre la petición de suspensión.

En el segundo caso, si el juzgador advierte alguna irregularidad o deficiencia en la demanda, como la falta de los requisitos formales que establece el Art. 108 LA¹⁸³, la falta del documento que acredite la personalidad del representante o de las copias para emplazar a las partes, da lugar al dictado de un auto de prevención para que en el plazo de cinco días se subsanen. Por cuanto hace a la suspensión debe ordenarse la apertura por duplicado del incidente. El hecho de no presentarse las copias para el

¹⁸⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p 68.

¹⁸¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 783.

¹⁸² El artículo 61° establece XXIII causales de improcedencia.

¹⁸³ Requisitos de manera esquemática establece el artículo 108 de LA: Nombre y domicilio del quejoso; nombre y domicilio del tercero interesado; autoridades responsables, norma general, acto u omisión que se constituye en acto reclamado; los antecedentes o hechos; los preceptos constitucionales que se estimen violados; en su caso, la atribución que se estima invadida; y los conceptos de violación.

incidente suspensivo, en materias no penales, solo trae como consecuencia que se posponga su apertura hasta en tanto se hagan llegar las copias al órgano de amparo (Art. 115 último párrafo, LA).

De haberse cumplido la prevención o de no existir irregularidad alguna, dentro del plazo de veinticuatro horas, o de inmediato tratándose de los actos que refiere el Art. 15 de la LA, el juez debe dictar un auto en el que admita la demanda (artículos 112 y 115 LA), ordenándose de concurrir los requisitos de procedencia, sustanciar el incidente de la suspensión, del que se forman dos cuadernillos, uno para el caso de que se interponga recurso de queja en su contra -Art. 97 inciso b) de la LA-, y el segundo para que se verifique el cumplimiento del mandato suspensivo.

IV.1.2 Suspensión provisional.

IV.1.2.1 Auto inicial.

La suspensión provisional tiene su fundamento en el Art. 139 de la LA, del que podemos advertir sus presupuestos, efecto y finalidad:

"en los casos en que proceda la suspensión conforme a los artículos 128 y 131 de esta Ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con perjuicios de difícil reparación para el quejoso, el órgano jurisdiccional, con la presentación de la demanda, deberá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible, ni quede sin materia el juicio de amparo".

Se argumenta que toda medida cautelar es provisional, pues pervive mientras subsisten las circunstancias fácticas y jurídicas por las que se decretaron, de ahí que Juventino Castro y Castro, siguiendo la doctrina de Piero Calamandrei, sugiera que a esta providencia cautelar, se le denomine suspensión interina¹⁸⁴, porque tendrá vigencia mientras se dicte otra que la sustituya, llamada en amparo como suspensión

¹⁸⁴ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 82

definitiva. Sin embargo, para mantener la regularidad entre la denominación legal y lo que aquí se expone, identificaremos nuestra providencia en estudio, como suspensión provisional.

Al concurrir los requisitos de procedencia, la concesión de la suspensión provisional se torna un imperativo para el Juez de Distrito o Tribunal Unitario que esté en el conocimiento del amparo indirecto. Con la anterior LA el otorgamiento de la suspensión provisional era un acto potestativo y discrecional del juzgador¹⁸⁵.

La suspensión provisional surte sus efectos desde el momento en que se pronuncia la resolución respectiva (Art. 136) y no cuando se notifica a la autoridad responsable, por lo cual, de acuerdo a jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, "los actos cuya suspensión se ordenó y hayan sido ejecutados por la autoridad antes de la notificación de aquélla, deben ser revocados para retrotraerlos al momento del otorgamiento de la suspensión"¹⁸⁶. En consecuencia, se actualizará el desacato a la suspensión, sólo cuando notificada la autoridad responsable, "ejecuta actos contrarios a la suspensión o no revoca los actos ejecutados con anterioridad a la notificación, siempre que su naturaleza lo permita"¹⁸⁷.

De negarse la suspensión provisional, la autoridad responsable tiene la atribución expedita de ejecutar el acto reclamado (Art. 138 fracción I), tratándose de actos positivos, y de una interpretación a contrario *sensu* de este dispositivo, así como de los fines actuales de la suspensión, de mantener su inactividad, cuando el acto reclamado sea negativo o constituya una omisión.

Al igual que el auto inicial del juicio principal, el inicial de la suspensión se convierte en una carta programática de los actos que se desarrollaran en el incidente, pues en dicho auto, se solicita un informe previo a las autoridades responsables, se señala

¹⁸⁵ El Art. 130 de la anterior LA establecía el verbo *podrá*. La redacción actual establece que el juzgador *deberá*.

¹⁸⁶ Tesis: 1a. /J. 33/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 431. y Tesis: 1a. /J. 34/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 430.

¹⁸⁷ Tesis: 1a. CLV/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 824.

día y hora para la celebración de la audiencia incidental y se dicta resolución denominada suspensión provisional. Por su relevancia y su contenido esquemático, se transcribe el Art. 138 de la LA:

Artículo 138. *Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social y, en su caso, acordará lo siguiente:*

- I. Concederá o negará la suspensión provisional; en el primer caso, fijará los requisitos y efectos de la medida; en el segundo caso, la autoridad responsable podrá ejecutar el acto reclamado;*
- II. Señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia incidental que deberá efectuarse dentro del plazo de cinco días; y*
- III. Solicitará informe previo a las autoridades responsables, que deberán rendirlo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, para lo cual en la notificación correspondiente se les acompañará copia de la demanda y anexos que estime pertinentes.*

Se torna de mucha relevancia el contenido de la fracción I de la disposición normativa que glosamos, ello porque impone la obligación al órgano jurisdiccional de fijar con precisión los efectos de la suspensión, al igual que ahora se obliga a que en el último considerando de la sentencia se fijen los efectos de esta –Art. 77 segundo párrafo LA-. En ambos casos, se da claridad y abona a la certeza jurídica.

IV.1.2.2 A quien obliga la suspensión.

El amparo procede contra autoridades públicas y bajo ciertos requisitos, contra actos que provengan de particulares. El Art. 5, Fracción II, segundo párrafo de la LA, no da lugar a la procedencia para un amparo contra actos propiamente de particulares como pudiera pensarse, ello porque para la citada procedencia es necesario que el particular "este revestido de una túnica de estatalidad"¹⁸⁸, salga de su esfera privada, y realice funciones equiparadas a las de autoridad pública.

¹⁸⁸ Mijangos y González, Javier, "El amparo contra particulares", en Cossio Díaz, José Ramón (coord.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 124.

Es oportuno precisar que tratándose de la sentencia de amparo, esta es vinculante aún y para aquellas autoridades que no fueron señaladas como responsables durante el juicio de derechos fundamentales, porque lo que se protege es el cumplimiento de la decisión del Estado, la cual es de orden público¹⁸⁹. Esta regla no es aplicable para el caso de la suspensión del acto reclamado, en la medida cautelar de amparo, opera el principio de estricto derecho, es decir, la suspensión solo surtirá sus efectos respecto de aquellas autoridades responsables señaladas por el quejoso en su demanda de amparo¹⁹⁰.

Si un particular realiza actos equivalentes a los de autoridad, de carácter imperativo y coercitivo, que cree, modifique o extinga situaciones jurídicas de un particular, en un plano de supra o subordinación en relación con otro, en auxilio o cumplimiento de un acto de autoridad, entonces puede ser considerada autoridad para efectos del amparo¹⁹¹. Al resultar autoridad responsable para efectos del juicio de derechos fundamentales, en consecuencia, lo es dentro del trámite de la suspensión del acto reclamado¹⁹².

Cuando para el cumplimiento de un mandato suspensivo sea necesaria la intervención de un particular, el Art. 149 LA establece que el efecto de la suspensión será que la autoridad responsable ordene a ese particular el inmediato cumplimiento.

¹⁸⁹ Sobre el particular, la Tesis: 1a. /J. 57/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p.144, de rubro: AUTORIDADES NO SEÑALADAS COMO RESPONSABLES. ESTAN OBLIGADAS A REALIZAR LOS ACTOS NECESARIOS PARA EL EFICAZ CUMPLIMIENTO DE LA EJECUTORIA DE AMPARO.

¹⁹⁰ Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.* p. 69.

¹⁹¹ Tesis: XV.5o.3 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, marzo de 2014, t. II, p. 1500, de rubro: ACTOS DE PARTICULARES. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN REVESTIR PARA CONSIDERARLOS COMO PROVENIENTES DE AUTORIDAD, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

¹⁹² Pérez de Acha, Luis M. y Tron Zuccher, Denise, "La suspensión en materia administrativa", en Cossío Díaz, José Ramón (Coord.) *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 351.

IV.2.2 Informe previo.

Como se adelantó, en el auto de la suspensión provisional se solicita un informe previo de las autoridades responsables, el que se puede definir como el “acto por virtud del cual éstas manifiestan si son o no ciertos los actos reclamados y esgrimen las razones que juzguen conducentes para demostrar la improcedencia de la suspensión definitiva solicitada por el quejoso”¹⁹³. Una vez que la autoridad responsable recibe la notificación del auto suspensorial, copia de la demanda y anexos correspondientes, deberá rendir el informe previo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas¹⁹⁴.

Como regla general debe rendirse por oficio, excepcionalmente, tratándose de casos urgentes, el órgano jurisdiccional podrá ordenar que se rinda por cualquier medio. (Art. 140).

En caso de que la autoridad responsable niegue la existencia del acto reclamado, el quejoso tiene la carga procesal de probarlo en la audiencia incidental. Si este no lo hace, el órgano jurisdiccional deberá negar la suspensión definitiva (Art. 127). La carga de la prueba se revierte cuando el acto reclamado es una omisión, en este caso, corresponderá a la autoridad responsable demostrar que no incurrió en ella¹⁹⁵.

De no rendirse el informe previo, la ley establece la presunción de la certeza de la existencia del acto reclamado, para el solo efecto de la suspensión (Art. 142). Si la autoridad responsable manifiesta que es cierto el acto reclamado, es aquí donde tiene la oportunidad de sostener su determinación para los efectos de la suspensión, argumentando el perjuicio al interés social y la contravención a disposiciones de orden público que ocasionaría en su caso la concesión de la suspensión.

En cuanto a la afirmación de la certeza del acto reclamado existe una “presunción de veracidad” a favor de la autoridad, que a diferencia del informe justificado, no debe

¹⁹³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p 786.

¹⁹⁴ El Art. 135 de la anterior legislación establecía el plazo de veinticuatro horas.

¹⁹⁵ Tesis: I.3o.C.110 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1195.

acompañar constancias que acrediten sus aseveraciones¹⁹⁶. En cambio, cuando la autoridad responsable afirma afectación al interés social o contravención a disposiciones de orden público, y estas no resultan evidentes, aquí sí deberá aportar las pruebas que acrediten la actualización de esos elementos¹⁹⁷.

Puede ocurrir que exista pluralidad de autoridades responsables, y que algunas de ellas residan fuera del lugar donde tiene su asiento el órgano que conoce del amparo. Cuando alguna se encuentra en el supuesto indicado, y no tuvo oportunidad de rendir el informe previo antes de la audiencia incidental, este acto procesal debe celebrarse respecto de las autoridades que tuvieron oportunidad de rendirlo, y reservarse para celebrar otra respecto de las llamadas autoridades foráneas¹⁹⁸. (Art. 141).

IV.2.3 Facultad del juez de solicitar documentos y ordenar diligencias.

El órgano jurisdiccional podrá solicitar documentos y ordenar las diligencias que considere necesarias, a efecto de resolver sobre la suspensión definitiva (Art. 143 LA). Es una atribución que incorpora la LA, dotando al juzgador de amparo de la posibilidad de ordenar y solicitar todo tipo de diligencias que le permitan allegarse de mayores elementos para decidir el sentido de la suspensión del acto reclamado, evitando de esta manera el uso indebido de un instrumento constitucional por la parte quejosa, así como el abuso de las autoridades responsables, que burlen la justicia federal ocultando información¹⁹⁹.

Por ejemplo, con apoyo en esta disposición, el juzgador bien podría solicitar de oficio, copia certificada de la resolución que constituye el acto reclamado, para de esa

¹⁹⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, pp. 786 y 787.

¹⁹⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 787.

¹⁹⁸ Espinoza Barragán, Manuel Bernardo, *Juicio de amparo*, 2da. Ed., México, Oxford University Press, 2015, p. 249.

¹⁹⁹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p.58.

manera tener mayores elementos para apreciar la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y el interés social²⁰⁰.

IV.2.4 Audiencia incidental.

En el derecho procesal en general, se entiende por audiencia "un acto procesal complejo y público, que se desarrolla en la sede y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, y en el que intervienen las partes, sus abogados y los terceros cuya presencia sea necesaria para la celebración del acto"²⁰¹. La audiencia del incidente de la suspensión debe celebrarse dentro del plazo de cinco días, y consta de manera general, de tres etapas: la probatoria, de alegatos y la de resolución. Esta última es a la que se denomina suspensión definitiva.

En la práctica judicial, en el acta de la audiencia, tiene lugar una etapa previa de resultandos, en la que se precisan los antecedentes y actuaciones, se hace relación de las documentales que obran en autos y por disposición del Art. 144 se da cuenta en su caso de la asistencia de las partes, así como de los informes previos.

IV.2.4.1 Etapa probatoria.

En el derecho procesal, el procedimiento probatorio consta de cinco etapas: 1) ofrecimiento, 2) admisión o desechamiento, 3) preparación, 4) ejecución, práctica o desahogo y 5) valoración²⁰². En la audiencia incidental encontramos todas ellas. En lo relativo al ofrecimiento, la suspensión tiene un criterio limitado, al poder ofrecerse solo las pruebas documental y de inspección judicial, y tratándose de los actos que

²⁰⁰ Con la vigencia de la anterior LA, González Chévez, pugnaba por una modificación al sistema probatorio de la suspensión, de tal manera que al rendir el informe previo, la autoridad responsable debiera acompañar copia certificada de la resolución que motivó el acto reclamado. González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 246.

²⁰¹ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª Ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 296.

²⁰² *Ibidem*, p. 322.

refiere el Art. 15 LA, además, la prueba testimonial. (Art. 143 LA). La regulación de la suspensión es terminante al señalar que no son aplicables al ofrecimiento y admisión de pruebas en el incidente cautelar, las reglas relativas al juicio principal.

Una vez ofrecidas las pruebas, se admitirán o desecharán según corresponda; se ordenará en su caso, la preparación de la inspección judicial o testimonial, y en seguida, se desahogará todo el caudal probatorio. En caso de que la inspección judicial no pueda desahogarse el mismo día de la audiencia, porque el lugar donde se practicará esta fuera del lugar del asiento del órgano jurisdiccional, la audiencia puede transferirse, más no diferirse²⁰³.

En cuanto a las cargas probatorias, el quejoso debe acreditar la apariencia del buen derecho -que incluye el interés suspensivo-, la certeza de la existencia del acto reclamado -cuando lo niega la autoridad responsable-, que no se siguen perjuicios al interés social o disposiciones de orden público, así como los daños de carácter irreparable que aduce²⁰⁴. Cuando se acude a la instancia constitucional en aras de un interés legítimo, en términos del Art. 131, la exigencia probatoria es más robusta, pues deberá acreditarse "el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue, y el interés social que justifique su otorgamiento", esto es, el interés social excepcionalmente aquí es un requisito positivo.

Por su parte, a la autoridad responsable le corresponde la carga de acreditar que no se afecta el interés social y no se contravienen disposiciones de orden público, cuando ellas no resultan evidentes²⁰⁵. Además, cuando el acto reclamado constituye una omisión, también le corresponde acreditar que ella no acontece²⁰⁶.

Dado que el incidente goza de autonomía procesal, deben ofrecerse pruebas en la suspensión, con independencia de las que se ofrezcan en el juicio principal. Con el propósito que las pruebas ofrecidas en el expediente principal puedan tomarse en cuenta en el cuadernillo incidental, basta con aquellas sean originales o copias

²⁰³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 790 y 791.

²⁰⁴ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 171.

²⁰⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 787.

²⁰⁶ Tesis: I.3o.C.110 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1195

certificadas, y se ofrezcan las copias para la suspensión – hasta antes de la celebración de la audiencia incidental- , para que el juzgador de oficio realice la compulsas y surta los efectos legales conducentes²⁰⁷.

IV.2.4.2 Etapa de alegatos.

Son las consideraciones jurídicas tendientes a demostrar, con apoyo en las probanzas aducidas, que la suspensión definitiva debe otorgarse o negarse, según el caso, por el órgano jurisdiccional de amparo. El juzgador no está obligado a tomar en cuenta los alegatos, ello porque la materia del incidente es la existencia o inexistencia del acto reclamado, la susceptibilidad de suspensión del mismo y el cumplimiento de los requisitos de procedencia²⁰⁸. Para efectos prácticos, los alegatos efectuados por las partes tratan de orientar el sentido de la determinación jurisdiccional suspensiva.

IV.2.4.3 Etapa de resolución: suspensión definitiva.

Se entiende por resolución judicial a los actos procesales "por medio de los cuales el órgano jurisdiccional decide sobre las peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes"²⁰⁹. La resolución de mayor relevancia es la sentencia, pero lo que ahora interesa destacar, es que la resolución que resuelve un incidente recibe el nombre de interlocutoria.

Seguendo a Ignacio Burgoa, "accesorio a la controversia constitucional que plantea el quejoso, surge un conflicto jurídico entre las partes por la procedencia o no de la

²⁰⁷ Tesis: P. /J. 71/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 7.

²⁰⁸ Tesis: I.7o.A.90 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 1249.

²⁰⁹ Ovalle Favela, José, *op.cit.*, p. 295.

suspensión. Resolución de tipo jurisdiccional que al dirimir una cuestión accesoria, recibe el nombre de interlocutoria²¹⁰.

La interlocutoria de la suspensión definitiva puede ser en tres sentidos: conceder, negar o declararla sin materia. Dejará de surtir sus efectos, si dentro del plazo de cinco días no se exhibe la garantía (requisitos de continuidad o efectividad) y existe declaratoria del juez en ese sentido, según lo prescribe el segundo párrafo del Art. 132 de la LA.

La suspensión se concederá de cumplirse los requisitos de procedencia, dispuestos en la CPEUM y la LA, en caso contrario, deberá negarse. De la explicación de alcance y contenido de estos, así como del orden en que deben verificarse, nos haremos cargo en apartado de este documento. Lo que importa destacar, es que es en este momento procesal es donde el órgano jurisdiccional debe desarrollar la *Técnica para resolver la suspensión: requisitos y su orden de prelación*.

La estructura de la resolución por la se concede o niega la suspensión definitiva debe ajustarse a los términos que indica el Art. 146, que por su claridad e importancia, se transcribe:

Artículo 146. La resolución que decida sobre la suspensión definitiva, deberá contener:

I. La fijación clara y precisa del acto reclamado;

II. La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas;

III. Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para conceder o negar la suspensión; y

IV. Los puntos resolutivos en los que se exprese el acto o actos por los que se conceda o niegue la suspensión. Si se concede, deberán precisarse los efectos para su estricto cumplimiento.

Por último, en cuanto al sentido de la interlocutoria, esta podrá declararse sin materia, en el caso que se acredite en autos que en otro juicio de amparo, respecto del mismo quejoso y acto reclamado, se concedió la suspensión (Art. 145).

²¹⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 793.

IV.2 Técnica para resolver la suspensión: requisitos y su orden de prelación.

El término técnica fue expuesto en la doctrina por Ojeda Bohórquez²¹¹, quien lo tomaría de la jurisprudencia I.1°.A.J/2, y cuya estructura es deudora de la teoría elaborada al momento. Como se vio en el capítulo primero de este documento, con la anterior Ley de Amparo se construyó una técnica sobre la suspensión que ahora calificamos de *strictu sensu*, la cual medularmente descansaba en determinar su procedencia en atención a la naturaleza formal del acto reclamado: procedente para actos positivos e improcedente para los negativos *latu sensu* – incluyendo las omisiones-.

Hoy en día la técnica necesita ser reconstruida para los fines actuales de la suspensión del acto reclamado, pues ahora servirá, de cumplirse los requisitos de procedencia, para determinar si admite alguno de sus dos efectos. Es decir, ahora ya no es admisible, como se sigue haciendo por algunos tribunales, que la suspensión se niegue en abstracto porque el acto es negativo, omisivo o consumado; no puede argumentarse que el efecto restitutorio es exclusivo de la sentencia²¹², pues ahora a nuestro entender, este criterio ha sido superado, y tendrá que motivarse por qué no es posible otorgarle efectos restitutorios si estos han sido solicitados o si resultan necesarios para conservar la materia del juicio y evitar perjuicios de difícil reparación al derecho fundamental.

La mecánica de la técnica comprende realizar dos acciones. Una previa, que implica ordenar por prelación los requisitos de procedencia, y la de ejecución, en la cual deberá verificarse uno a uno, de modo tal, que tendrá que llegarse al final, *con el*

²¹¹ Ojeda Bohórquez, Ricardo, *op.cit.*, p. 35.

²¹² No obstante la entrada en vigor de la LA, se siguen emitiendo criterios en este sentido, en los diversos amparos por materia. En materia penal, la Tesis: XVII.14 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo II, p. 1315; en materia laboral, la Tesis: VII.2o.T.20 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo II, p. 1314.

cumplimiento de todos para que se otorgue la suspensión. Es como si cada elemento se convierte en un filtro que hay que pasar para llegar a la meta.

La exposición de la técnica permite desarrollar el contenido y alcance de los requisitos que la componen, susceptibilidad de suspensión, naturaleza del acto reclamado, apariencia del buen derecho, peligro en la demora, interés social, disposiciones de orden público y ponderación.

La técnica elaborada en base a la ley abrogada, ordenaba requisitos y condiciones de la suspensión. En cuanto a los primeros se tenía la solicitud del quejoso, que no se afectara el interés social y disposiciones de orden público, y que fueran de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto. Por su parte las condiciones eran elementos que si bien no se reconocían como requisitos, estaban implícitos en ella: la certeza de la existencia del acto reclamado y la susceptibilidad de su suspensión conforme a su naturaleza –paralización-²¹³.

Con la entrada en vigor de la LA de 2013, se emitió un criterio que busca reconstruir lo aquí hemos identificado como técnica. Se dividen los requisitos en preliminares, esenciales y de eficacia, de los que se señala, se analizarán sucesivamente. Los primeros resultan la certeza de la existencia del acto reclamado y la susceptibilidad de su suspensión. En cuanto a los segundos se refiere a la apariencia del buen derecho, el peligro de la demora y su ponderación con el interés social y las disposiciones de orden público. Por último, el requisito legal es la garantía que el quejoso debe otorgar para los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al tercero interesado²¹⁴.

Parcialmente estamos de acuerdo con el criterio anterior. Nuestro disenso es en cuanto a las denominaciones que se utilizan y que sólo contempla el efecto paralizante. Todos los requisitos – preliminares y esenciales- son esenciales para la

²¹³Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 722.

²¹⁴ Tesis: I.4o.A.36 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p. 1266

procedencia de la suspensión, al faltar uno de ellos, el mandato suspensivo deviene en improcedente. Por cuanto hace al llamado requisito de eficacia, preferimos la denominación de requisito de continuidad, y para la crítica a aquella denominación, remitimos al apartado que vendrá más adelante en este documento (*Infra* IV.2.3).

Existe otro criterio que se acerca más a la propuesta que formularemos, en tanto divide con propiedad los temas que deben estudiarse en la técnica para resolver la suspensión, además de proveer el efecto restitutorio, sin embargo, se señala superficialmente este último, y no se indica el requisito donde se verifica y el momento en que este debe analizarse²¹⁵. La tesis de cuenta, divide los temas de estudio de la suspensión, en los siguientes términos: i) requisitos de procedencia, ii) efectos de la medida – que con propiedad prevé los dos posibles efectos de la suspensión, en donde se deberá indicar con precisión lo que las autoridades responsables deben hacer o abstenerse de realizar-, iii) garantías y, iv) previsiones para evitar el abuso de la medida²¹⁶; los cuales sostenemos integran la técnica de la suspensión del acto reclamado.

Expuesto lo anterior, estamos en condiciones de formular una propuesta que reconstruya técnica para resolver la suspensión²¹⁷, la que sería del tenor siguiente:
A) Requisitos de procedencia: 1) Petición del quejoso, 2) Certeza de la existencia del acto reclamado, 3) Susceptibilidad de suspensión *latu sensu* o tutela provisional, 4) Apariencia del buen derecho, 5) Peligro en la demora y 6) Que de la ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social, resulte que los daños que pudiera sufrir el interés social sean de menor peso que los daños que pudieran sufrir

²¹⁵ La doctrina actualizó la técnica, contemplando solo el efecto paralizante, sin prever el efecto restitutorio, por todos, Del Arrenal Martínez, Vicente Roberto, *La técnica en el juicio de amparo*, México, Editorial Flores, 2015, p. 587 y Monarque Ureña Rodolfo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo, planteamiento esquemático, nueva ley de amparo de abril del 2013*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2015, p. 61.

²¹⁶ Tesis: XXVII.3o. J/2 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, p. 1954.

²¹⁷ Aún se mantiene el término técnica al interpretarse la nueva Ley de Amparo, tal y como se señala en la Tesis: VI.1o.A.20 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXI, junio de 2013, t. 2, p. 1397.

los intereses del quejoso; B) Efectos de la suspensión; C) Requisito de continuidad o garantía y D) Previsiones generales para evitar el abuso de la medida.

La propuesta implica tanto la prelación de los requisitos, como al contenido de estos. ¿Porque colocarlos en ese orden? Se dice que el peligro en la demora es el presupuesto imprescindible para las medidas cautelares, que sin él, no hay lugar a la tutela cautelar²¹⁸. En ese sentido, De Alba de Alba y Flores Muñoz anteponen su estudio al de la apariencia del buen derecho²¹⁹. Además, estos autores incluyen como requisito de procedencia, el interés jurídico suspensivo, el que deliberadamente no hemos dispuesto en nuestra propuesta. Enseguida exponemos las razones.

Por principio debe existir petición del quejoso, el cual se convierte en una condición vital en esta modalidad de la suspensión. En un segundo momento, el acto reclamado debe ser cierto, pues si el acto no existe, no hay nada respecto del cual proteger.

El tercer paso es determinar si el acto reclamado es susceptible de suspensión, con el agregado que ahora que el test debe verificarse *latu sensu*, es decir, no basta que se niegue la tutela provisional porque el acto es negativo, consumado o es un omisión, ahora habrá de analizarse si admite alguno de los dos efectos posibles, paralización o restitución provisional.

Una vez llegados a esta etapa, se presenta la primera disyuntiva, ¿analizar primero el peligro en la demora o la apariencia del buen derecho? Se dice que las medidas cautelares se justifican en el retardo en el dictado de la sentencia, de ahí que en lo general se opte por analizar el primero de estos presupuestos.

²¹⁸ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 191.

²¹⁹ De Alba de Alba, José Manuel y Flores Muñoz, Mario Cesar, *La apariencia del buen derecho en serio*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, p. 66.
http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_4.pdf

Sin embargo nos preguntamos ¿Qué es lo que corre peligro con el retraso de la llegada de la sentencia? Nuestra respuesta es que lo que corre peligro es el derecho material, de ahí que primero debe analizarse si se tiene la apariencia de un derecho, para después verificar si está o no en peligro por la mora procesal. No podríamos imaginar que se otorgue tutela jurisdiccional, con el argumento de que existe peligro, si no es que estamos hablando del derecho material que se discute en el proceso.

Una vez constatado que existe la apariencia del buen derecho, enseguida corresponderá verificar si puede sufrir daños de difícil reparación durante la pendency del proceso hasta que aparezca la sentencia. Actualizados los presupuestos de la suspensión, la apariencia del buen derecho contendrá mediante ponderación con el interés social y el orden público recogido en disposiciones normativas. De no existir apariencia del buen derecho, ni peligro en la demora, entonces no habrá necesidad de contrastar con el orden público y el interés social.

Por cuanto hace al interés jurídico suspensivo, no obstante se sigue argumentado que debe acreditarse indiciariamente o presuntivamente para la procedencia de la suspensión²²⁰, lo hemos excluido porque consideramos que está comprendido en la apariencia del buen derecho, y como argumento secundario, porque no lo prevé la vigente LA. Como ya quedo de manifiesto, en la legislación abrogada no se preveía la apariencia del buen derecho, y ahora agregamos, tampoco el interés jurídico suspensivo²²¹. Así, ante la ausencia de la apariencia del buen derecho, y para llenar ese vacío, la solución jurisdiccional fue instituir el interés jurídico suspensivo en el que se analizara si presuntivamente se tenía interés jurídico para efectos de la suspensión. Con la irrupción jurisprudencial del *fumus boni iuris* y ahora en la legislación, el estudio del derecho fundamental queda comprendido totalmente en este presupuesto de la medida cautelar. Para acreditar que uno se subsume en el

²²⁰ Por todos, la Tesis: XXVII.3o. J/2 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, t. II, p. 1954.

²²¹ Así lo hace ver Arturo Zaldívar, quien llama la atención al indicar que la "Ley de Amparo nunca ha establecido la necesidad de un interés jurídico suspensivo ni nada por el estilo" – en referencia a la legislación abrogada-, en Zaldívar Lelo de Larrea, *op.cit.*, p. 90.

otro²²², basta con contrastar los conceptos que se tienen de ambos, y se podrá concluir que se refieren a lo mismo. En el interés jurídico suspensivo, indiciariamente, debe probarse el derecho quejoso sobre un bien jurídico, y el perjuicio que el acto reclamado le puede generar²²³. Por su parte, la apariencia del buen derecho – ahora en un concepto muy breve- es la verosimilitud y probabilidad de la existencia del derecho fundamental.

Lo que sí está previsto, en el Art. 131 de la LA, es el interés legítimo suspensivo²²⁴, así lo desprendemos, cuando se ordena que quien acuda al juicio de amparo aduciendo un interés legítimo deberá acreditar “el interés social que justifique su otorgamiento” lo que significa tener una apariencia de buen derecho que beneficia al quejoso y a la colectividad. El otro requisito previsto en la disposición normativa señalada, es que se acredite el “el daño inminente e irreparable a su pretensión”, sin embargo esto es materia del *periculum in mora*-. En todo caso, al igual que el interés jurídico suspensivo, el legítimo suspensivo, queda comprendido dentro la apariencia del buen derecho, eso sí, con una exigencia más robusta.

Expuesta nuestra justificación del porqué del orden de los requisitos de procedencia, en la técnica para resolver la suspensión, descansaremos en cada uno de sus elementos, en cuyo requisito susceptibilidad de suspensión *latu sensu* se analiza la posibilidad de imprimir alguno de los efectos, interesándonos desde luego la procedencia del restitutorio provisional.

²²² Tesis: I.4o.A.15 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, abril de 2013, t. 3, p. 2166.

²²³ Monarque Ureña Rodolfo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo, planteamiento esquemático, nueva ley de amparo de abril del 2013*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2015, p. 85.

²²⁴ Díaz Díaz, Alberto, *op.cit.*, pp. 326 y 367.

IV.2.1 Requisitos de procedencia

IV.2.1.1 Solicitud del quejoso.

Como su denominación lo pone de manifiesto, en esta modalidad de suspensión se hace presente un principio dispositivo, por lo cual es requisito *sine qua non* la petición de la medida cautelar por parte del quejoso.

IV.2.1.2 Certeza de la existencia del acto reclamado.

Lo que no existe no puede ser objeto de tutela jurisdiccional, sea esta definitiva o provisional. En consecuencia, cuando el acto reclamado no existe, no puede ser objeto de suspensión. Para la suspensión provisional se presume la existencia del acto reclamado "con base en las manifestaciones o afirmaciones que el quejoso formule bajo protesta de decir verdad en su demanda, y para la definitiva requiere que se haya aceptado su existencia"²²⁵ en el informe previo, se presume en ausencia de este de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 142²²⁶, o en su caso, que lo acredite el quejoso.

Cuando la autoridad responsable niega la existencia del acto reclamado, corresponderá al quejoso la carga de probarlo, de no ser así, la suspensión deberá negarse²²⁷. Tratándose de una omisión, como ya lo hemos indicado, la carga de la prueba se invierte, pues corresponderá a la autoridad responsable acreditar que no acontece la omisión que se le atribuye.

²²⁵ Tesis: XXVII.3o. J/2 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 10, septiembre de 2014, t. III, p. 2347.

²²⁶ Art. 142.- La falta de informe previo hará presumir cierto el acto reclamado para el sólo efecto de resolver la suspensión definitiva.

²²⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 722.

IV.2.2.3 Susceptibilidad de suspensión *latu sensu* o tutela provisional.

El siguiente requisito es que la tutela provisional sea viable, para lo que deberán atenderse condiciones de carácter formal. Se satisface de darse alguno de sus dos sub requisitos: la naturaleza del acto reclamado o la viabilidad jurídica y material de la restitución provisional.

La naturaleza de la violación alegada, requisito de rango constitucional en la anterior suspensión, constituye el antecedente de lo que ahora hemos denominado susceptibilidad de suspensión *latu sensu* o tutela provisional. De acuerdo a las paradigmáticas jurisprudencias 15/96 y 16/96 del Pleno de la SCJN, la naturaleza de la violación alegada implicaba el análisis del acto reclamado y del derecho fundamental que la quejosa estimaba violado. En relación a este último, recordemos que la apariencia del buen derecho surge al ámbito del amparo, de la interpretación jurisprudencial de esa porción constitucional²²⁸, dispuesta en la derogada fracción X del Art. 107 de la CPEUM, que a la letra establecía:

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta *la naturaleza de la violación alegada*, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

El aludido antecedente mutó a la ahora "naturaleza del acto", previsto en la reformada disposición constitucional:

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando *la naturaleza del acto* lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y el interés social.

²²⁸Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p 84 y 85.

La redacción constitucional señala "naturaleza del acto". Afortunadamente el término es perfeccionado por la legislación reglamentaria, en cuyo Art. 147 -que dispone los efectos de la suspensión-, establece "naturaleza del acto reclamado", lo cual es apropiado, puesto que en el sistema de amparo los actos de autoridad *latu sensu* cuya impugnación es materia del juicio definitivo y de la suspensión, reciben la denominación de actos reclamados.

Con la reforma constitucional de amparo de 2011, "la naturaleza de la violación alegada" sufrió una bifurcación: la naturaleza del acto reclamado como es ostensible, se quedó con el estudio del acto reclamado, y el *análisis de fondo del derecho fundamental* pasó a la apariencia del buen derecho, nuevo requisito constitucional.

Adicional a lo anterior, en la LA irrumpe un nuevo requisito que hemos denominado viabilidad jurídica y material de la restitución provisional. Como se desprende de la citada fracción X del Art. 107 de la CPEUM, la norma suprema remite a la ley reglamentaria para que establezca los casos y condiciones en que los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión; así, el Art. 147, en el segundo párrafo, que dispone de los efectos de la suspensión, establece elementos normativos y de control que buscan evitar la arbitrariedad del juzgador²²⁹, de donde hemos desprendido el requisito denominado *susceptibilidad de suspensión latu sensu o de tutela provisional en general*, que a su vez tiene dos sub requisitos: la naturaleza del acto reclamado para la suspensión-paralizante y la viabilidad jurídica y material para la restitución provisional.

Lo anterior se advierte al fragmentar el multicitado segundo párrafo. En la expresión "Atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden", se encuentra el elemento normativo y de control de la paralización, *la naturaleza del acto reclamado*. Enseguida se dispone el

²²⁹ Así se establece en diversas tesis, entre otras: Tesis: IV.2o.A.65 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, t. II, Pág. 1914, de rubro SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. ELEMENTOS NORMATIVOS Y DE CONTROL PARA EXAMINAR SU PROCEDENCIA, EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 128, 138 Y 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE LA MATERIA., y, en cuanto al efecto restitutorio, Tesis: IV.2o.A.63 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, Pág. 1316.

de la restitución provisional, en la expresión "y de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado", a lo que hemos denominado, *viabilidad jurídica y material de la restitución provisional*. Ahora la lectura completa de la citada disposición para tener una visión general:

Art. 147.- Segundo párrafo: Atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden, y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.

En consecuencia de lo anterior, lo que es susceptible de paralización es el acto reclamado y de restitución provisional, el derecho fundamental que se alega violado. El siguiente paso es determinar cuáles actos reclamados son materia de paralización y que derechos fundamentales, objeto de restitución provisional.

Antes de ello, resultan necesarias dos previsiones. La susceptibilidad de suspensión, que alberga dos sub requisitos de cumplimiento alternativo de acuerdo al tipo de efecto, significa la viabilidad formal de otorgar la tutela suspensiva, cuyo contenido y límite es su propia finalidad: conservar la materia del amparo y proteger el derecho fundamental. Por tanto la suspensión es procedente si la paralización del acto reclamado o la restitución provisional del derecho, permiten cumplir con esa finalidad dual.

El estudio del principio preservante de la suspensión²³⁰, conservar la materia del juicio, bastante explorado dentro del efecto paralizante, se mantiene para la procedencia de la restitución provisional, efecto que será viable, *siempre y cuando se mantenga durante el juicio y permita llegara al dictado de la sentencia en la que se podrá resolver lo contrario.*

La segunda previsión. En la dinámica del juicio de amparo existe una relación indisoluble entre acto reclamado- derecho fundamental, pues no se entiende uno sin el otro: no puede existir un acto reclamado sin derecho fundamental que se estime violado, como tampoco se concibe un derecho fundamental violentado sino es porque un acto reclamado lo origina. Resultan las dos caras "de la violación

²³⁰Castro y Castro, Juventino V., *op.cit.*, p. 15 y 16.

alegada". Consecuentemente, el estudio del acto reclamado, por la misma fuerza de las cosas, conlleva al estudio del derecho fundamental y viceversa.

IV.2.2.3.1 Naturaleza del acto reclamado: actos reclamados suspendibles.

Al mantenerse en la legislación vigente, la columna vertebral que de la suspensión *strictu sensu* establecía la legislación abrogada, se concluye que la paralización sigue siendo procedente respecto de los actos positivos *latu sensu* - positivos propiamente dichos, negativos con efectos positivos, prohibitivos-, e improcedente para actos negativos *latu sensu* - negativos, omisiones- y los actos consumados. Para una definición de los actos reclamados, remitimos al apartado dispuesto en el capítulo primero (*Supra* I.1.2.2).

Por su parte, si el argumento para negar la procedencia de la suspensión en actos negativos, omisiones²³¹ y consumados²³², era que la restitución era exclusiva de la sentencia, y ahora legislativamente se prevé la restitución - con carácter provisional- en la medida cautelar, cabría válidamente concluir que la suspensión con efectos positivos es procedente contra este tipo de acto reclamados. Confirma lo anterior el hecho de que con la restitución provisional se busca una conducta positiva -dar o hacer- de la autoridad responsable, lo cual tiene correspondencia cuando previamente se ha negado, se ha sido omiso respecto a ello, o cuando se ha consumado el acto reclamado.

Expuestos estos criterios, la suspensión será procedente, en relación con el acto reclamado, con alguno de sus dos efectos de la siguiente manera:

²³¹ Tesis Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XII, noviembre de 1993, p. 284.

²³² Tesis: VI. 2o. J/75, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. V, segunda parte-2, enero-junio de 1990, p. 660.

Paralización	Restitución provisional
Actos positivos.	Actos negativos
Actos negativos con efectos positivos.	Omisiones ²³³
Actos prohibitivos	Consumados ²³⁴

IV.2.2.3.2 Viabilidad jurídica y material de la restitución: derechos fundamentales suspendibles.

Tendrá que analizarse en cada caso concreto, la viabilidad jurídica y material de lograr la restitución provisional del derecho fundamental. Consideramos que primero debe atenderse el aspecto material, esto es, concluir si es posible ejecutarla en el terreno fáctico, para enseguida emprender un *análisis formal del derecho fundamental*, del que puede desprenderse un impedimento de carácter jurídico para la restitución provisional.

Aunque entendemos que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, a los que el juzgador debe dotar de contenido en el caso concreto, por las especiales circunstancias de cada asunto, existen elementos que dentro de sus rubros – material y jurídico- deben verificarse.

IV.2.2.3.2.1 Viabilidad material: derechos de prestación.

De los dos pactos que en materia de derechos humanos ha celebrado la comunidad internacional, advertimos que se sugiere una tipología de ellos²³⁵. De esta manera

²³³ Tesis: I.10.A.3 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, t. 3, p. 1911.

²³⁴ Monarque Ureña Rodolfo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo, planteamiento esquemático, nueva ley de amparo de abril del 2013*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2015, p. 124.

habría al menos dos tipos de derechos fundamentales: los civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, estos últimos comúnmente denominados derechos sociales²³⁶.

A priori se dice que la cara obligacional de los derechos civiles entraña una abstención de parte del Estado, para que respete su ejercicio. En cambio, en los derechos sociales, lo que se pide es precisamente una actuación del Estado, una conducta de dar o hacer para satisfacer o realizar el derecho²³⁷.

El acto reclamado positivo materia del amparo, demanda de la autoridad responsable una abstención y el derecho civil²³⁸ precisamente se satisface con una abstención de la autoridad. Así habría una relación acto positivo-derecho civil, lo cual haría procedente tanto la acción de amparo como la suspensión *strictu sensu* para conseguir la paralización de la actuación de la autoridad responsable.

Por su parte, el acto reclamado negativo u omisivo requiere de la autoridad responsable un hacer y los derechos sociales se satisfacen con un hacer o dar de la autoridad. Entonces habría una relación acto negativo/omisión – derecho social, lo que haría procedente en su caso la concesión del amparo y ahora la suspensión con efectos positivos para conseguir la restitución provisional.

Un problema aquí es que existen derechos civiles que se satisfacen con alguna prestación, incluso todos los derechos fundamentales en alguna medida son derechos de prestaciones, y que algunos derechos sociales demandan una abstención del Estado.²³⁹

²³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³⁶ Se reserva la denominación derechos económicos, sociales y culturales al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y el de derechos sociales al ámbito nacional. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. Ed. España, Trotta, 2014, p. 19, en la nota al pie número 2.

²³⁷ *Ibidem*, p. 21.

²³⁸ No podría ser político-electoral, porque se excluye de la tutela jurisdiccional de amparo, atentos a lo dispuesto por el Art. 61 fracciones IV y XV de la LA.

²³⁹ Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell Miguel (Comp.), *Derechos Sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, 2004, pp. 20-23.

Ejemplo de lo anterior, es el derecho a contar con un defensor público o la tutela judicial efectiva – derechos calificados de civiles – que requieren una prestación del Estado, y por su parte, el derecho de huelga o la libertad sindical –derechos reputados de sociales, requieren un no hacer por parte de la autoridad²⁴⁰.

De lo hasta aquí expuesto, es necesario formularse las siguientes interrogantes, ¿Cual se sería el criterio para adscribir un derecho fundamental como civil/político o derecho social? Y ¿es necesaria esta división para la tutela de los derechos y particularmente para la tutela provisional en la suspensión del acto reclamado en el amparo?

Por cuanto hace a la primera interrogante, si bien es cierto existen criterios disímiles para clasificar un derecho²⁴¹, el que más nos parece acertado, es el que argumenta que la adscripción de un derecho a alguna de las dos categorías señaladas, apuntan al modelo de Estado en el que fueron reconocidos o positivizados²⁴².

Así, los derechos a la vida, libertad y propiedad fueron concebidos en el Estado liberal del derecho del siglo XIX, tomando en cuenta un hombre abstracto, autónomo e independiente, que guiado por su interés pacta con sus iguales, solicitando del Estado no interferir y respetar²⁴³.

Sin embargo, en el siglo XX irrumpen en las Constituciones²⁴⁴ y en los instrumentos internacionales un tipo de derechos fundamentales que no presentan la estructura de aquellos primeros derechos, lo que para Luigi Ferrajoli representa una de las conquistas jurídicas más importantes del siglo²⁴⁵. El objeto, sujeto y contenido son distintos, como se expone en seguida²⁴⁶.

²⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.*, pp.22-21.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 20.

²⁴² *Ibidem*, p. 22.

²⁴³ Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.*, pp. 17 y 23.

²⁴⁴ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p. 16.

²⁴⁵ En el prólogo de Abramovich, Víctor y Courtis. Christian, *op.cit.*, p. 9.

²⁴⁶ Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.* p. 17.

Ya no se trata de aquellos valores innatos, inalienables y universales de los derechos civiles, ahora se protege la salud, la educación, la vivienda, el trabajo²⁴⁷, etcétera. El titular de estos nuevos derechos ya no es el hombre abstracto, sino el hombre específico: el trabajador, el joven, el que requiere algún tipo de asistencia, surgiendo lo que Bobbio denominó proceso de especificación²⁴⁸²⁴⁹. Por último, la cara obligacional del derecho demanda al Estado no una abstención, sino un hacer.

De esta suerte podemos concluir que los derechos civiles son producto del Estado liberal y los derechos sociales del Estado social de derecho. De ahí que se diga que la distancia entre unos y otros es la que separa al Estado decimonónico del moderno Estado, lugar donde únicamente pueden ser concebibles los derechos sociales²⁵⁰.

Como se adelantó líneas arriba, existen derechos civiles que se satisfacen con una prestación y derechos sociales que se realizan con una abstención, en consecuencia, esta clasificación no nos sirve para la tutela de los derechos, ya que para los efectos de la tutela provisional nos interesa que se trate de derechos de prestación, sean estos civiles o sociales.

Robert Alexy refiere que existen derechos a la acción positiva del Estado – a prestación en sentido amplio-, dentro de los cuales se encuentran los derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto, los que aunque distintos, tienen como común denominador que el Estado debe hacer algo²⁵¹. Los derechos a prestación en sentido estricto son “derechos de individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”²⁵².

²⁴⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op.cit.*, p. 25.

²⁴⁸ Prieto Sanchis, Luis, *op.cit.*, p.25.

²⁴⁹ Eso fue en principio, después dado el carácter universal de los derechos fundamentales, se generalizó la titularidad a favor de todos. Peces-Barba, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales” en Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a.Ed., España- México, Fontamara, 2013, pp. 91 y 92.

²⁵⁰ Prieto Sanchis, Luis, *op.cit.*, p.22.

²⁵¹ Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a.Ed., España- México, Fontamara, 2013, p. 50.

²⁵² *Ibidem*, p. 69

Así, para los fines de esta investigación, los derechos sociales los estudiaremos en tanto *derechos a prestación en sentido estricto*, como aquellos que implican un hacer o dar al Estado, "bienes o servicios económicamente evaluables"²⁵³. Los derechos a prestación en sentido estricto, son una especie del género derechos a prestación en sentido amplio, dentro de los que podrían aparecer derechos civiles que se satisfacen con alguna conducta positiva del Estado. Sin embargo, representa una mayor utilidad una clasificación entre derechos fundamentales de abstención y prestacionales *latu sensu*.

La suspensión paralizante, era una medida cautelar incompleta, que solo protegía respecto de una parcialidad de actos reclamados y derechos fundamentales. No obstante que la norma fundamental mexicana es una de las pioneras en el mundo en la incorporación de derecho sociales²⁵⁴, no será sino hasta la Ley de Amparo de 2013, que la medida cautelar del amparo adopta una garantía positiva²⁵⁵ provisional, para la salvaguarda de los derechos prestacionales. Así, hoy la suspensión del acto reclamado se acerca a los fines del juicio de derechos fundamentales, mediante medidas negativas o paralizadoras y medidas positivas o restitutorias provisionales, "las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador"²⁵⁶.

La suspensión positiva, con efecto restitutorio provisional, sin afán de ser exhaustivos, será procedente como lo indica la siguiente tabla:

Suspensión- Restitución provisional.
Derechos de prestación en sentido amplio.

²⁵³ Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.*, pp. 21 y 23.

²⁵⁴ Castro y Castro, Juventino V., *Glosas constitucionales*, México, Porrúa, 2005, p. 109.

²⁵⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p. 13.

²⁵⁶ Luigi Ferrajoli en Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p. 14.

IV.2.2.3.2.1.1 Exigibilidad de los derechos sociales, como derechos prestacionales.

Aunque existen razones sólidas para concluir que los derechos sociales son justiciables²⁵⁷, esto es, "la posibilidad de reclamar su respeto y protección ante un juez o tribunal de justicia al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho"²⁵⁸, su exigibilidad procesal no es un lugar pacífico entre la doctrina y el ámbito jurisdiccional. Es una lucha que se sigue dando hasta nuestros días. Tal es el caso, que la Corte IDH a 2014 en ningún asunto había declarado de manera directa y autónoma la violación al Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone acerca de los derechos económicos, sociales y culturales, sino sólo de forma indirecta al violentarse en vía directa un derecho civil²⁵⁹. Si el problema u obstáculo se presenta en la tutela definitiva, mayor será la dificultad cuando se pretende que la tutela sea sumaria y provisional en la medida cautelar positiva del amparo.

Se aduce que la dificultad de la exigibilidad de los derechos sociales tiene que ver con su complejidad y el costo que representan. A continuación, de forma breve nos encargaremos de exhibir estos falsos obstáculos, o al menos matizarlos para que se adviertan que ellos no son exclusivos de los derechos sociales.

IV.2.2.3.2.1.1.1 Derechos complejos.

Se dice que las libertades entrañan una relación sencilla²⁶⁰, en tanto que solo significan que el Estado no haga, que las respete. En cambio, los derechos sociales son calificados de complejos, porque para su ejercicio requieren de un "entramado

²⁵⁷ Nos remitimos a los argumentos expuestos al desarrollar las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Supra* III.4), quinto párrafo.

²⁵⁸ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p. 25.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

²⁶⁰ Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.*, p. 27

de normas de organización" que instituyan operadores y servicios y además porque "generan multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos."²⁶¹

Por ejemplo, en cuanto al derecho de protección a la salud, la ahora exministra Sánchez Cordero de García Villegas afirma que estamos en presencia de un derecho de "faceta poliédrica, que implica, en realidad, un abanico de obligaciones exigibles; desde obligaciones *negativas* de respeto hasta obligaciones *positivas* de promoción y satisfacción"²⁶². Esto es verificable cuando observamos el concepto amplio de salud, el que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como "un estado de completo bienestar físico, psicológico y social y no solo la ausencia de enfermedad"²⁶³. Además la salud, tiene un componente individual y una dimensión colectiva²⁶⁴. En México tenemos una gama extensa de servicios de salud. El Art. 3 de la Ley General de Salud enumera treinta y cinco distintos servicios, que impactan los tres ámbitos que refiere el concepto de la OMS. Hay quien propone que se trata de una serie de derechos vinculados a la salud²⁶⁵, por nuestra parte diremos que estamos en presencia de una federación de derechos²⁶⁶ para proteger la salud²⁶⁷.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 27

²⁶² Sánchez Cordero de García Villegas, Olga Marla del Carmen, "Presentación", en Silva García, Fernando (Coord.), *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, Colección garantismo judicial. p. XV

²⁶³ Consultada en página de internet <http://www.who.int/suggestions/faq/es/> El día 30 Enero 2016.

²⁶⁴ "el goce de la salud es un bien individual, pues cada persona puede o no tenerlo, con independencia de que su familia o sus vecinos también tengan buena salud. Pero la salud tiene una dimensión colectiva si consideramos que hay factores sociales que tienen a preservarla o quebrantarla, tales como las epidemias, la contaminación, la circulación de agentes patógenos..." En Carbonell, Miguel y Carbonell, José, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM-IIJ, 2013, Serie estudios jurídicos Núm.218, p.3 http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf

²⁶⁵ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p.172.

²⁶⁶ En criterio de la primera Sala de la SCJN debe entenderse como "un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 457.

²⁶⁷ Es importante destacar que el bien jurídico tutelado es la salud, sin embargo debe precisarse, que el derecho fundamental es recibir su protección, no garantizarla. En la práctica médica esto queda claro cuando al profesional de la salud lo que se le exige es cumplir con sus obligaciones de medios, ya que sería desproporcionado solicitarle que en todos los casos hubiere resultados satisfactorios en la restauración de la salud. En Carrillo Fabela, Luz Marla Reyna, *La responsabilidad profesional del médico en México*, México, Porrúa, 2009, p. 326.

IV.2.2.3.2.1.1.2 Derechos costosos.

Construir escuelas, hospitales, equiparlos, darles mantenimiento, pagar la nómina de maestros y médicos, comprar insumos, tecnología, representan un gasto para el Estado. Por ello se dice que los derechos sociales son costosos²⁶⁸. Para satisfacer los derechos sociales, el Estado está supeditado a la disponibilidad presupuestal. El presupuesto se ve como un límite que condiciona al Estado a cumplir con los derechos sociales en la medida de lo que puede, de manera programada²⁶⁹. Para cumplir con todo lo anterior, se necesitan recursos económicos, los cuales la mayor parte de las veces no son suficientes²⁷⁰.

IV.2.2.3.2.1.1.2 Los matices en los derechos sociales.

Compartimos que los derechos sociales son complejos y costosos, sin embargo ello no les es exclusivo. Los derechos fundamentales en general, en contenido y por la estructura estatal que debe articularse para satisfacerlos, son complejos.

En contenido, porque los derechos fundamentales tienen la estructura de principios o mandatos de optimización²⁷¹, cuya indeterminación les es propia, y sólo a la luz de un caso concreto, cuando por ejemplo colisionan entre ellos, es posible delimitarlos. Dicha indeterminación también sucede con los llamados derechos civiles. Al igual que se cuestiona el alcance de los derechos sociales – educación, asistencia social, vivienda- esa dificultad también se hace presente en los derechos civiles²⁷², pues en cuanto a estos ¿podemos concluir *a priori* hasta donde llega el derecho al honor o libertad de expresión? Desde luego que no, como prueba, al

²⁶⁸ Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales" en Carbonell, Miguel (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 77

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 70

²⁷⁰ Peces-Barba, Gregorio, *op.cit.*, p. 91.

²⁷¹ Alexy, Robert, *op.cit.*, p. 50.

²⁷² Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p.22.

resolver una colisión entre esos derechos fundamentales, en dos casos particulares, la SCJN, tomo determinaciones diversas²⁷³.

Tocante a la estructura administrativa que debe desplegarse, ella es necesaria para muchos derechos fundamentales, sin distinguir entre civiles y políticos y sociales. Para la tutela judicial efectiva se ha instituido todo un aparato complejo de órganos del Estado, dividiéndolos en jurisdicciones y a su vez en competencias²⁷⁴; para ejercer los derechos electorales en México, es necesaria una estructura de autoridades administrativas y jurisdiccionales; el derecho a casarse implica la institución del Registro Civil; el derecho a la propiedad se protege mediante tribunales y registros públicos; el derecho a la seguridad hace necesaria la disposición de un número considerable de fuerzas armadas federales, estatales y municipales²⁷⁵.

Por otra parte, no hay derechos gratuitos, ni derechos caros²⁷⁶, lo que es sí, es que todos representan al menos un costo para el Estado²⁷⁷. Volvamos a la tutela judicial. El Presupuesto de Egresos de la Federación de 2013 asignó nada más al Poder Judicial de la Federación \$ 46, 479, 491,963 pesos, lo que representa el 1.17% del total. Habría que agregar los rubros de la jurisdicción administrativa (Tribunales fiscales, agrarios, laborales), así como los poderes judiciales de los Estados.

En los derechos electorales un ejercicio similar. ¿Cuánto nos cuesta a los mexicanos el derecho de votar y ser votado? ¿Cuánto nos cuesta el sistema electoral en México? El mismo presupuesto de egresos 2013 asignó al Tribunal Electoral \$ 2,

²⁷³ La Primera Sala de la SCJN, en dos sentencias resolvió en sentido distinto en cuanto a la prevalencia de los derechos en colisión. En el caso *Letras libres vs La Jornada*, sentencia en el amparo directo 28/2010, resolvió que prevalece el derecho de libertad de expresión sobre el honor. En el caso *diario síntesis vs diario intolerancia*, sentencia en el amparo directo en revisión 2806/2012, resolvió a favor del derecho al honor y no discriminación, sobre la libertad de expresión.

²⁷⁴ Ovalle Favela nos habla que existe la jurisdicción federal, local, militar, administrativa, laboral, etc. Y cada una además, distribuye competencias por materia, grado y cuantía. Ovalle Favela, José, *op.cit.*, p.111.

²⁷⁵ Abramovich, Víctor y Courtis. Christian, *op.cit.*, p. 23 y 24.

²⁷⁶ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p. 29

²⁷⁷ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*. Argentina, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011, p. 53.

152, 408, 000 pesos y al entonces Instituto Federal Electoral \$ 11, 019 ,848 ,180 pesos, los que suman \$13, 172, 256,180 pesos, lo que representa el .33% del total.

El gasto en salud representó el 3.08%, y los conceptos de seguridad para los mexicanos (defensa nacional, marina y seguridad pública) en su conjunto significan el 3.13%.

Hay quien propone que la insuficiencia presupuestal, debe solucionarse con la redistribución del recurso público²⁷⁸, al que agregamos que además es un tema de prioridad y eficiencia en su ejercicio. Así nos preguntamos ¿Es prioridad sostener el actual sistema político-electoral frente al sistema nacional de salud?

Para concluir este epígrafe, de la misma manera que para el derecho de protección a la salud concluyó la exministra Sánchez Cordero, se puede señalar que cantidad importante de derechos fundamentales, representan un abanico de obligaciones positivas y negativas.

Aun cuando la determinación del alcance de los derechos fundamentales algunas veces espera a que acontezca en sede judicial y esto sea posible en un ejercicio de detenida reflexión, lo que haría pensar que sólo es viable en la sentencia, *la medida cautelar del amparo puede valerse de aquellas obligaciones positivas que ya están establecidas, esto es, avanzar en la solución de asuntos que ya tienen determinación*. Habrá que distinguir del concepto de justiciabilidad, el de aplicación inmediata de un derecho, "que significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición"²⁷⁹.

Peces-Barba nos orienta en ese sentido, pues esos derechos sociales de aplicabilidad inmediata serían los que:

²⁷⁸ Cruz Parceró, Juan Antonio, "Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual, en Cantón J. Octavio (Coord.), *Derechos Económicos, sociales y culturales, ensayos y materiales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 14.

²⁷⁹ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, p.22.

a)... se encuentran totalmente equiparados a los derechos de libertad o de participación política, porque están plenamente desarrollados con financiación total y son justiciables plenamente... b) que tienen una estructura y una organización similar a los derechos clásicos de libertad y que por, consiguiente, no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables... c) derechos incompletos, donde se recoge el principio, el ámbito a proteger y los posibles beneficiarios, pero donde se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino que esta se deja al criterio al legislador, que puede desarrollarla la ley²⁸⁰.

Así, cuando la ley define esa dimensión subjetiva, se tendrá posibilidad de avanzar. Regresando al derecho de protección a la salud, el derecho subjetivo se concretiza, cuando una vez que la CPEUM en el Art. 4, recoge el principio, y su ley reglamentaria, la Ley General de Salud, en el Art. 3 enumera treinta y cinco distintos servicios, que impactan los tres ámbitos que refiere el concepto de salud de la OMS.

IV.2.2.3.2 Viabilidad jurídica: principio de reversibilidad.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado al que el juzgador deberá dotar de contenido en el caso concreto. Desde el punto de vista positivo, se ajusta como viabilidad jurídica, aunque desde el ángulo negativo pueden convertirse en obstáculos o impedimentos. Por ejemplo en reciente criterio se consideró que la división de poderes o funciones, actualiza un impedimento de carácter jurídico que hace improcedente la suspensión, pues en ese asunto se argumentó, que el órgano jurisdiccional no puede invadir atribuciones del poder legislativo²⁸¹.

Sin embargo, existe un impedimento jurídico que se encuentra implícito en todos los casos: dejar el juicio sin materia. La porción normativa que da lugar a la procedencia genérica de la suspensión reitera su *principio preservante*, la cual hemos dicho tiene

²⁸⁰ Peces-Barba, Gregorio, *op.cit.*, p. 92-95.

²⁸¹ Tesis: IV.2o.A.98 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 11, octubre de 2014, t. III, 2961.

como finalidad conservar la materia del juicio. El principio es nítido en la suspensión-paralizante, y se mantiene para la procedencia de la restitución provisional.

Por tanto se tendrá que hacer un cotejo del derecho prestacional, con la finalidad conservadora de la suspensión.

IV.2.2.3.2.2.1 Derechos de prestación continuada o de tracto sucesivo: procedencia.

Existen derechos de prestación continuada o de tracto sucesivo²⁸², que requieren de una sucesión de conductas, que podrán prestarse hoy, pero mañana pueden interrumpirse, para lo cual concluimos que la suspensión con efectos restitutorios sería procedente. Ejemplo de lo anterior será el derecho a la educación básica previsto en el Art. 3 de la CPEUM. En la medida cautelar del amparo se podrá ordenar a la autoridad responsable que permita la toma de clases al quejoso, mientras resuelve en sentencia²⁸³. El derecho fundamental podrá realizarse de forma provisional, pues puede mantenerse durante la pendencia del juicio, y en la sentencia el juzgador tendría posibilidad de negar la protección definitiva.

El derecho de protección a la salud, reconocido en el cuarto párrafo del Art. 4 de la CPEUM, es otro ejemplo de ello. Este derecho significa acceder a una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud²⁸⁴. Así, cuando se requiere de una sucesión de conductas para satisfacer este derecho, podrá ordenarse su restitución provisional desde ya en la suspensión, hasta que se determine en definitiva en la sentencia.

²⁸² Tomamos esta definición, para efectos de la exposición, de los actos reclamados continuados o de tracto sucesivo.

²⁸³ Tesis: XI.1o.A.T.23 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, t. IV, p. 3895, de rubro: DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN BÁSICA. CONTRA LA DENEGACIÓN DE ACCESO A ÉSTE, PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

²⁸⁴ Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 457.

Por otra parte, en una tesis que registra uno de los primeros precedentes de la suspensión con efectos positivos, el acto reclamado consistía en la privación del suministro de energía eléctrica de manera continuada, y la tutela cautelar se concedió para el efecto de restituirla. En el criterio, se consideró que ciertas omisiones eran susceptibles de conseguir este efecto, más no constituía una regla general²⁸⁵.

Un último ejemplo. La procedencia de la suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales para efecto de que al quejoso se la asista legalmente mediante defensor público en un proceso del orden penal²⁸⁶, en salvaguarda del derecho fundamental de debido proceso y oportunidad de defensa.

IV.2.2.3.2.2 Derechos de prestación instantánea que generan un estado definitivo: improcedencia.

Existen derechos fundamentales que se satisfacen en un solo acto, es decir, agotan en él todo su contenido o prestación, y con ellos se anticiparía la solución de forma definitiva, respecto de los cuales sostenemos que la suspensión positiva es improcedente. El instrumento de la sentencia, debe servir a esta, y no quien metafóricamente le dé muerte, pues en su vertiente adjetiva, está dispuesta para conservar la materia del juicio. Un ejemplo de este tipo de derechos fundamentales sería el derecho de petición previsto en el Art. 8 Constitucional, cuando el acto reclamado constituye la omisión de dar la correspondiente respuesta, y se solicite la restitución provisional para efecto de que se conteste por virtud del mandato suspensivo. En este caso, la suspensión sería improcedente, pues de concederse se dejaría el juicio sin materia²⁸⁷, se anticiparía la solución de forma definitiva y no provisional, en tanto la prestación del derecho constituye un acto indivisible, que no

²⁸⁵ Tesis: I.1o.A.3 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1911.

²⁸⁶

²⁸⁷ *Idem*.

admite adelantos provisionales. Atentaría contra la seguridad jurídica que se permitiera una "contestación provisional" que podría quedar sin efectos en una sentencia desestimatoria.

Otro caso de improcedencia. Cuando el acto reclamado es la omisión de impartir justicia pronta y expedita, en violación a la tutela judicial efectiva, derecho dispuesto en el Art. 17 de la Constitución Federal, en la especie, las omisiones de dictar una resolución, un auto de admisión o desarrollar un acto procesal, la suspensión restitutoria sería improcedente, pues adicional a que se trata de violaciones formales que no generan un daño de imposible reparación, lo que no acreditaría el peligro en la demora²⁸⁸, por lo que a este apartado se refiere, la prestación del derecho es un acto indivisible, que no admite adelantos provisionales, lo que generaría la solución definitiva del asunto. No puede existir un "laudo provisional"²⁸⁹ o un "auto de admisión de demanda provisional" mientras dura el juicio de amparo.

Para la protección de derechos fundamentales de prestación instantánea que generan una situación definitiva, se tendría que explorar otra solución, no en la suspensión, medida cautelar o tutela provisional, sino en la instrumentación de un mecanismo legal que establezca la posibilidad de otorgar un *amparo sumario, anticipado y definitivo*, que tuviera lugar cuando el juzgador advierta, al estar en presencia de un acto reclamado inconstitucional en sí mismo o manifiesta e indudablemente inconstitucionalidad, *que se puede alcanzar de manera anticipada el objeto del juicio* – la protección del derecho fundamental-, de acuerdo a las pruebas disponibles. Ese amparo anticipado, a diferencia de las medidas cautelares que son instrumento de la sentencia, *sería un instrumento a los fines del amparo, y se*

²⁸⁸ Tesis: IV.2o.A.85 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, p. 1313.

²⁸⁹ De la siguiente tesis, se comparte el resultado, más no las consideraciones, en tanto que se niega la suspensión al advertir sólo la naturaleza formal del acto reclamado – negativo- y argumentar que la medida cautelar no puede tener efectos restitutorios que son propios de la sentencia, cuando ello no es motivo suficiente para negarla, puesto que al caso deberán exponerse las premisas valorativas que indique que el juicio se quedaría sin materia. Tesis: VII.2o.T.20 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo II, p. 1314, de rubro: SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN MATERIA LABORAL. ES IMPROCEDENTE CUANDO EN EL AMPARO INDIRECTO EL ACTO RECLAMADO SEA LA OMISIÓN DE DICTAR EL LAUDO.

coordinaria en mejores términos a esos propósitos. Recordemos que la petición de la suspensión generalmente se realiza en la demanda, por lo que en el expediente principal, en su caso, obrarían los elementos para proceder. Lo anterior es solo una propuesta, en la que no profundizamos porque excede los fines y alcances de esta investigación.

IV.2.2.3.2.2.3 Derechos de prestación instantánea que no generan un estado definitivo: procedencia.

De otra parte, existen otros derechos fundamentales de prestación instantánea, que aunque se colman en un solo acto, no adquieren un estado definitivo, no generan una situación inamovible a la que no pueda darse marcha atrás, esto es, son reversibles en la sentencia, para lo cual la restitución provisional sería procedente, pues con su concesión, el juicio no se queda sin materia, se mantiene la situación hasta el arribo de la resolución principal, que podría ser en igual sentido o negar la protección definitiva. Resultan ejemplo de ello, los derechos sustantivos tutelados en la Constitución Federal, como la integridad personal, la salud, la libertad, el patrimonio, la privacidad, la inviolabilidad de las comunicaciones particulares²⁹⁰, la inviolabilidad del domicilio, etcétera.

Algunos precedentes de la restitución provisional, una vez entrada en vigor LA de 2013, los podemos agrupar en derechos de prestación instantánea que no generan un estado definitivo. Así, se concedió la suspensión definitiva al quejoso, persona con discapacidad visual que interviene en un proceso jurisdiccional, para el efecto de que la autoridad responsable implementara con cargo al erario público, *el sistema de escritura braile y/u otro alternativo*, en tanto no se dictara sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.²⁹¹

²⁹⁰ Sobre la enunciación de derechos sustantivos, Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 25 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, p. 2162.

²⁹¹ Tesis: XVII.1o.C.T.30 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, t. III, 2387.

En un segundo caso, aunque con el ropaje de acto negativo con efectos positivos, se consiguió el efecto restitutorio provisional en la suspensión con la finalidad de permitir al quejoso el acceso a información – tesis y jurisprudencia de la SCJN- que adujo le resultaban necesarias para su defensa en juicio²⁹².

La suspensión no debe provocar que el juicio se termine, pues de satisfacerse el derecho solicitado se puede caer en la tentación de sobreseerlo por considerar que han cesado los efectos del acto reclamado – Art. 61 Frac. XXI de LA-, cuando su finalidad es solo provisional, ser el salvoconducto para que el juicio se desarrolle con todas sus garantías, sin precipitación, y la sentencia en plenitud proteja en definitiva el derecho fundamental.

En esa tentación se cayó en el amparo indirecto 1291/2013 del Juzgado Segundo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo, del Trabajo y de Juicios Federales del estado de Nayarit. El quejoso acudió a la instancia constitucional señalando como acto reclamado la omisión de reparar una fuga de aguas residuales. El órgano jurisdiccional concedió la suspensión con efectos restitutorios a efecto de que el Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado SIAPA de Tepic, una de las señaladas como autoridades responsables, para que *de inmediato atendiera y reparara dicha fuga*. El SIAPA dio cumplimiento al mandado suspensivo y ofreció constancias que lo acreditaban. El amparo fue sobreseído al cesar los efectos del acto reclamado²⁹³.

Es incontrovertible nuestra adhesión al propósito de la protección de los derechos fundamentales por el medio más expedito y eficaz. El juicio de amparo tiene por finalidad la salvaguarda de aquellos, y a través de la suspensión, que forma parte de él, llega de forma rápida a ese cometido. Sin embargo, en situaciones como el caso

²⁹² Tesis: XIX.1o.4 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. III, 2527.

²⁹³ Tenemos conocimiento directo del expediente, porque se nos designó como autorizados por el erróneamente señalado tercero interesado, los Servicios de Salud de Nayarit.

señalado, una vez concedida la suspensión con efectos restitutorios, de un derecho cuya prestación puede ser reversible en la sentencia, lo propio sería seguir el juicio en sus términos, y de ser el caso, conceder el amparo y protección de la justicia federal. La protección ordenada puede *coincidir* con lo previamente indicado en la suspensión, para lo cual ya se tendrá avanzado el cumplimiento de la sentencia. No debe sobreseerse el juicio puesto que la acción positiva ordenada a la autoridad en la suspensión es una artificialidad propiciada por el propio juzgador, como medida procesal para que perdure hasta la sentencia. En apoyo a estas consideraciones, recordemos que las pruebas y la resolución solo surten efectos en el incidente, lo que no prejuzga y vincula lo que deberá resolverse en la sentencia. Además, no es que hayan cesado los efectos del acto reclamado, sino que se alcanzó el resultado del juicio, lo que tal como están las cosas al día de hoy, sólo puede declararse en la sentencia.

Los derechos de prestación continua y los derechos de prestación instantánea que no generan un estado definitivo, los podemos unir bajo *el principio reversibilidad*, para lo cual *la suspensión con efectos restitutorios provisionales será procedente siempre que no genere un estado definitivo o una situación inamovible, la cual puede ser reversible en la sentencia.*

La debida fundamentación para negar la suspensión con efectos positivos, pasa por que el órgano jurisdiccional señale que en el caso concreto, de realizarse provisionalmente el derecho fundamental en juego, se generaría una situación que no permite llegar al dictado de la sentencia, lo que contravendría la finalidad adjetiva de la suspensión de conservar la materia del juicio. Sin embargo, no obstante el novel efecto de la suspensión tiene existencia legal, aún continúa negándose la suspensión de manera abstracta por estar en presencia de actos de carácter negativo, omisiones o consumados.

De igual manera, para conceder la suspensión, el juzgador debe exponer las premisas valorativas que la motivan respecto del sub requisito de la viabilidad jurídica y material de la restitución provisional.

En síntesis, la suspensión con efecto restitutorio provisional opera como lo muestra el gráfico siguiente:

Suspensión con efectos restitutorios provisionales = derecho fundamental de prestación continuada o de prestación instantánea que no genera un estado definitivo, que son reversibles en la sentencia.

IV.2.2.4 Apariencia del buen derecho.

La apariencia del buen derecho es un requisito constitucional y legal de la suspensión, de carácter positivo, que se posiciona como elemento capital para su concesión en el amparo indirecto. En la CPEUM se recoge en el Art. 107 Fracción X y en la LA en el Art. 138. Sin embargo, en ninguno de estos dos ordenamientos se describe el contenido y alcance de su concepto, por lo que tendrá que acudir en principio a las multicitadas jurisprudencias 15/96 y 16/96 de la SCJN, las que en buena medida resultan aplicables²⁹⁴, de la interpretación que hacemos al artículo sexto transitorio de la LA²⁹⁵. De esta manera, la jurisprudencia define la apariencia del buen derecho en los siguientes términos:

“Se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso [...] según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad el acto reclamado. [...] se funda en meras hipótesis”
(Jurisprudencia 15/06).

²⁹⁴ Pérez de Acha, Luis M. y Tron Zuccher, Denise, *op.cit.* p. 339.

²⁹⁵ Artículo Sexto Transitorio.- La jurisprudencia integrada conforme a la ley anterior continuará en vigor en lo que no se oponga a la presente ley.

***La suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia***

“La apariencia del buen derecho se debe realizar un cálculo de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante [...] Anticipar la posible solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, sólo para efectos de la suspensión”.
(Jurisprudencia 16/96)

Ahí tenemos el concepto que nos interesa, y con él es que tendrán que trabajar quienes intervienen y participan en el juicio de amparo. Sin embargo, hagamos un alto a cuestionarnos ¿queda claro que significa la apariencia del buen derecho? Es tarea aún explicitar el contenido y alcance de nuestro concepto, y para eso el método apropiado es el análisis, es decir, la fragmentación del todo por sus partes, para que el estudio particular de estas nos conduzcan a entender el significado de aquel.

En los conceptos transcritos se encuentran los siguientes elementos:

- Conocimiento superficial.
- Decisión de mera probabilidad [de que el derecho existe y que en la sentencia se declarará inconstitucional el acto reclamado].
- Se funda en meras hipótesis.
- Cálculo de probabilidad y verosimilitud [del derecho del solicitante].
- Anticipar la solución. [Para el solo efecto de la suspensión]

Conocimiento superficial, verosimilitud, probabilidad e hipótesis no sólo tienen significados diversos, incluso representan distintos grados de lo que podrá exigirse por apariencia del buen derecho, por lo que habrá que explicar cada uno de ellos para establecer si se requiere la concurrencia de todos, unos excluyen a otros o si debemos elegir uno de entre ellos.

Además, resulta necesario porque en la doctrina existe un elenco importante de conceptos de apariencia del buen derecho, cuyos contenidos fluctúan entre la probabilidad, verosimilitud y presunciones:

“... CARRERAS LLANSANA lo describió como algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza, exigiendo la existencia de una <<fuerte presunción>> de que la demanda se encuentra ajustada a derecho. MONTERO AROCA se refiere a un término medio entre la certeza y la incertidumbre, que sitúa en la verosimilitud. Ortells

Ramos exige <<que se demuestre la probabilidad del derecho>>. CORTÉS DOMÍNGUEZ requiere un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión del solicitante de la medida. CALDERÓN CUADRADO nos habla de la verosímil existencia del derecho en el *fumus*, en comparación con la certeza que se pretendería obtener en la sentencia. DIEZ PICAZO GIMENEZ alude a una acreditación indiciaria y a una <<prueba semiplena que permita al tribunal un juicio de verosimilitud>>, que equipara con la probabilidad. FERNANDEZ-BALLESTEROS también menciona la probabilidad y destaca el problema del prejuicio que se provoca con el juicio sobre el *fumus*. También BARONA VILAR refiere un <<juicio de verosimilitud o de probabilidad provisional o indiciario>>²⁹⁶

IV.2.2.4.1 Conocimiento superficial: juicio *prima facie*.

La expresión conocimiento superficial nos conduce a señalar que en el incidente de la suspensión a petición del quejoso se realiza un juicio *prima facie*. A diferencia del juicio plenario, que es el definitivo y completo – en cuanto a la reflexión-, el enjuiciamiento *prima facie* es el que "por la imprescindible necesidad de rapidez en la obtención de un pronunciamiento, la ley obliga al juez a juzgar por sus primeras impresiones, aunque restringiendo su campo de decisión habitual"²⁹⁷.

Es el más sencillo dentro de los de su género y es la forma más primigenia de juzgar. Se dice que el primer juicio de la historia muy probablemente fue *prima facie*, y que algunos de los que da cuenta la literatura son de esa naturaleza: el de Yahveh a Adán y Eva que los llevó a la expulsión del paraíso, el de Salomón, los de Sancho Panza recogidos en el Quijote; todos ellos son realizados con las primeras impresiones. En el curso de un proceso, el juez realiza juicios de este tipo, en la admisión de la demanda, pruebas o recursos, en la intervención de un tercero, en algunos incidentes, en las medidas cautelares, incluso en la sentencia²⁹⁸.

Como se advierte de su definición, la rapidez es su característica principal. No debe comprenderse como precipitación o superficialidad, pues en cuanto a la primera, el juez reflexiona su determinación, puesto que habrá de fundar y motivar como en toda

²⁹⁶ Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, España, Atelier, 2007, p. 198 y 199.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 58.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 19.

resolución. El juicio *prima facie* no es superficial si entendemos a este en su acepción de frivolidad o infundamentación. Se cuestiona que la superficialidad distinga el juicio que comentamos, en tanto que en muchas de las ocasiones el juzgador verá más allá que la superficie, incluso puede tener a su alcance lo mismo que tendrá al emitir su resolución definitiva²⁹⁹.

La circunstancia de que el juez de amparo solo pueda analizar un número limitado de pruebas en el incidente de la suspensión -la documental, inspección judicial, y en los casos a que se refiere el Art. 15, la prueba testimonial- puede llevarnos a concluir que detenta la característica de la superficialidad. Sin embargo ello no es así, en un juicio del orden constitucional la mayor de las veces el medio de convicción relevante es la prueba documental, de ahí que ya desde la suspensión el juez está viendo más que la superficie cuando ese medio de convicción se ofrece. El conocimiento del asunto podrá ser más que superficial, cuestión distinta a que el pronunciamiento sí lo sea, esto es, en sede provisional no se requiere que sea lo exhaustivo que se solicita de la sentencia, tal y como lo retomaremos más adelante (*infra*)

La rapidez trae como consecuencia la reducción del margen de maniobra para decidir, se tendrá poco tiempo para resolver y se delimita expresamente lo que tiene que valorarse³⁰⁰.

En el incidente cautelar, sea en el auto de la suspensión provisional, o en la interlocutoria que resuelve la definitiva, el juzgador realiza un juicio, cuyo objeto *coincide* con el de la sentencia -proteger el derecho fundamental-, solo que aquí, se reduce su margen de maniobra, tendrá menos tiempo, por lo que deberá tomar en cuenta lo que tenga en ese momento.

La afirmación de que en la suspensión se realiza un juicio puede parecer aventurada, pues en todo momento se ha tenido la precaución de indicar que en la suspensión no

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 52-55.

³⁰⁰ *Ibidem*, p.56.

se prejuzga sobre el fondo del amparo, lo cual es correcto; sin embargo, lo que acontece es un juicio con las constancias y elementos que se tienen en el incidente, para el solo efecto de la suspensión, lo que nada debe influir en lo que lo que resuelva en sentencia. El juzgador tendrá que decidir como si en ese momento tuviera que dictar su resolución final³⁰¹, a sabiendas, de que esta es provisional, de acuerdo a como están las cosas para ese momento.

Toda resolución jurisdiccional tiene implícita la cláusula *rebus sic stantibus* – como están las cosas en este momento³⁰². En el juicio de amparo, a medida que avanza el proceso, el juez tendrá que realizar al menos tres enjuiciamientos respecto de la protección del derecho fundamental. Si el amparo indirecto tuviera que ser marcado con una escala del uno al diez, en el escalón uno el órgano jurisdiccional tendrá que juzgar respecto de la protección del derecho en la suspensión provisional; en el cinco en la suspensión definitiva y; en el diez en la sentencia. En todas coincide que el objeto de protección es el mismo, lo que puede variar son las circunstancias fácticas-jurídicas y el material probatorio que tiene a su disposición. A modo gráfico dejamos esa escala, pues del uno al cinco puede cambiar el sentido de la decisión, mediante juicios intermedios de acuerdo a la característica de la mutabilidad o *rebus sic stantibus*; en igual sentido, del cinco al diez, las cosas pueden cambiar y en correspondencia, el sentido de la resolución tutelar.

En cuanto hace al contenido del *juicio prima facie* en la apariencia del buen derecho, esto es, cómo hay que realizarlo, en qué consiste, existen dos tendencias, la que apunta que se trata de un juicio de apariencia, y la que argumenta que es un juicio de probabilidad. Ninguna de ellas exenta de crítica³⁰³. Discusión que resulta de utilidad en la suspensión, pues cuando se señala que "la apariencia del buen derecho es un juicio de probabilidad", encontramos ambos elementos, que habrá que delimitar.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 200.

³⁰² Mitidiero, Daniel, *op.cit.* p. 42.

³⁰³ Nieva Fenoll, Jordi, *op.cit.*, p. 201.

Por nuestra parte nos decantamos por señalar que ambas posturas tienen un punto de contacto, que si bien son diferentes, no necesariamente contrarias. Para conciliarlas, habrá que elegirse una de las acepciones de *apariencia* y delimitar que grado de probabilidad se requiere.

En el extremo de la *apariencia* se le equipara a la intuición. Con ella se pone el ejemplo que en el juicio de *apariencias* actividad similar a la que una persona cuando se va al cine, en el que para elegir la película no se realizan cálculos probabilísticos, pues para ello:

“debería introducirse en un análisis estadístico de las diferentes películas que ha visto de estos actores, director, etc (sic), así como de la temática, análisis que no va a realizar en absoluto porque es demasiado complejo, se hace tarde, y tiene que decidir qué película ve aquella noche. Y por ello, decidirá ver esa película si en apariencia le gusta, es decir, si lo que conoce de la película le provoca una sensación agradable en aquel momento”³⁰⁴.

Con esta perspectiva de *apariencia* no estamos de acuerdo. Un juicio de *apariencia* en el ámbito jurisdiccional no puede fiarse de “una corazonada”, de lo que “nos late” o provoca sensaciones agradables.

De otra parte, siguiendo con acepciones de *apariencia*, del diccionario de la lengua española desprendemos que para este vocablo existen los siguientes significados: 1) El aspecto o parecer exterior de alguien o algo y 2) Cosa que parece y no es. Para esta última se utilizan frases para denotar simulación, como “aparentemente” y “al parecer”.

Con apoyo en ello, aunque extrayendo una conclusión diversa, diremos que *la apariencia es lo que de momento tenemos a la vista*, que puede corresponder a la realidad de lo que investigamos – sea la superficie, lo externo o la totalidad- o se trata de una cosa distinta, de ahí que se diga que parece pero no lo es. Así, verificar lo externo o superficial no describe lo que acontece en el juicio de *apariencia* sobre el

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 204.

fumus boni iuris en la suspensión pues sí así fuera, lo externo o la superficie de algo debe ser igual que lo restante, como si viéramos la punta del iceberg, y válidamente concluir que la base también es hielo; sin embargo es un hecho notorio que el juicio de apariencia del buen derecho no siempre se confirma en el juicio definitivo, *lo que significa que teníamos a la vista una cosa distinta. Es decir, ni siquiera estábamos examinando la superficie o su exterior.*

El juicio de apariencia en los términos que los hemos precisado nos devuelve a los dominios del juicio *prima facie*. Así las cosas, *la expresión conocimiento superficial* debe interpretarse como *un juicio con las primeras impresiones – pues encierra lo que en ese momento parece-*, y no que se esté analizado la superficie o lo externo del asunto.

Aquí es donde encontramos el punto de toque, en razón de que un juicio de primeras impresiones respecto de la apariencia del buen derecho, con el margen de maniobra claramente delimitado, sin duda es un juicio de probabilidad. La crítica para la tendencia que argumenta que el juicio *prima facie* en la apariencia del derecho es de probabilidad, parte de que esta posición de pensamiento toma que el juicio definitivo es un juicio de verdad y el proceso no tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, pues se trata de un concepto metafísico; lo que se persigue es únicamente la resolución de los conflictos que alcance la categoría de cosa juzgada, y esto propicie paz social. Además, se agrega que todo juicio es de probabilidad y por tanto esto no distingue a los juicios *prima facie*³⁰⁵.

Más allá de que se argumenta que "la verdad es teórica y pragmáticamente posible e ideológica oportuna en el proceso"³⁰⁶ – de lo que no pretendemos abrir un espacio de discusión en este documento- lo que podemos anticipar es que si bien es cierto que todo juicio es de probabilidad, en el definitivo se exigirá un mayor grado del que se solicite en el enjuiciamiento *prima facie*. Así, la diferencia será de grado. Ello es

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 203.

³⁰⁶ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 86.

verificable en el amparo, pues en el incidente de la suspensión la legislación limita el ofrecimiento en su caso a tres tipos de pruebas, en cambio, para el juicio plenario, crece la gama de medios de convicción.

Una última acepción de apariencia. Para que se cambiara el paradigma de la suspensión-paralizante fueron necesarios casos de notoria inconstitucionalidad. De los antecedentes que dieron lugar a la incorporación de la apariencia del buen derecho como requisito jurisprudencial para la procedencia de la suspensión, se desprende que el Poder Judicial de la Federación tomó por apariencia lo que es evidente, notorio, palpable o manifiesto. Es decir, aquello para lo que desde la primera vista ya tenemos los elementos para resolver el asunto.

Los primeros antecedentes corren por cuenta del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. El quejoso promueve juicio de amparo indirecto en contra de la clausura de su departamento-habitación, y la consecuente colocación de sellos en puertas y ventanas. Adujo violación a los artículos 14 y 16 Constitucionales. El juez de distrito de acuerdo con la tradición negó la suspensión provisional, pues se trataba de un acto consumado y de concederse la suspensión, se dejaría sin materia el fondo del amparo. En contra de la determinación se interpuso recurso de queja, y el Tribunal Colegiado revocó la resolución y decidió conceder la suspensión, pues argumentó:

“que los sellos de clausura no contienen dato alguno, a pesar de que en su formato existen espacios para informar, en cuanto a la Delegación Regional, respecto a la agencia investigadora del Ministerio Público, igualmente, para indicar el delito, así como el número de averiguación previa y la fecha de la clausura, datos que no se encuentran en esos papeles, ni siquiera sello alguno de la autoridad; por esa razón dada la aparente inconstitucionalidad del acto de clausura según se advierte, con los datos aportados a este expediente...”³⁰⁷

³⁰⁷ Góngora Pimental, Genaro, *La suspensión cit.*, pp. 159-161.

Para que esperar a la tardada sentencia, si desde la suspensión se puede proteger provisionalmente ante actos aparentemente inconstitucionales. La resolución asienta la característica de provisionalidad y el presupuesto de peligro en la demora:

"... consideración provisional que no prejuzga, desde luego, para la suspensión definitiva, ni para la sentencia que se dicte en el fondo del asunto, y en vista de la difícil reparación del daño causado debe otorgarse la suspensión provisional, ya que la tardanza en el reconocimiento de su derecho a entrar a vivir en su casa podría hacer, de esperarse la sentencia en el fondo del asunto, inútil la protección que al fin concediera la sentencia definitiva"³⁰⁸.

En el segundo antecedente del Tribunal Colegiado señalado, el amparo indirecto se promueve en contra de una orden de verificación fiscal realizado por personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El quejoso se encontraba recluido en una prisión militar y en ese lugar se realizó la diligencia. En el acta se asentó que domicilio del particular era "la cárcel", que al hacerle entrega de la orden, no se identificó con ningún documento oficial y que al requerirlo para "que exhibiera libros de contabilidad autorizados, registros contables y demás documentación contabilizadora y comprobatoria"³⁰⁹, no dio cumplimiento a ello.

La suspensión definitiva fue negada por el juez de distrito, teniendo como motivo que se trataba de un procedimiento de orden público que no se podía suspender. En contra de la negativa se interpuso recurso de revisión, esgrimiéndose como agravios el que no se trataba de un proceso jurisdiccional y que la cárcel no puede tomarse como domicilio fiscal. Agravio que se consideró fundado, se revocó la resolución impugnada y se concedió la suspensión, pues en términos del Art. 10 del Código Fiscal de la Federación no se contempla que la cárcel sea domicilio fiscal, interrogándose además el propio tribunal "¿cómo podría el contribuyente entregarles informes, documentos y todos los elementos que se soliciten estando dentro de la

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 161.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 163.

prisión?". Concluyendo en lo que ahora nos interesa, que "se trata de actos clara y abiertamente ilegales"³¹⁰.

Y es que la técnica de resolver de inmediato lo evidente no es ajena al juicio de amparo. El Art. 61 de la LA establece las causales de improcedencia del juicio de derechos fundamentales y si al analizar la demanda de amparo el juzgador encuentra una causal manifiesta e indudable, entendiéndose que lo manifiesto es lo que se advierte clara y patentemente, y "lo indudable consiste en que se tenga la certeza y plena seguridad de que la causa de improcedencia efectivamente se actualiza en el caso concreto, debe proceder a desecharla"³¹¹. Ello dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la demanda por el órgano jurisdiccional, lo que significa que actos de suma trascendencia, como negar el acceso a los tribunales, tienen previsto un juicio rápido con elementos evidentes para su resolución. Además si el juzgador debe analizar en su integridad la demanda, para desprender entre otros elementos la causa de pedir³¹², ¿cómo es que no se asomaba al fondo del asunto? Desde luego que lo hacía y ahora lo deberá hacer al deber examinar la apariencia del buen derecho.

Así habrá casos en los que la resolución – con efecto provisional- puede anticiparse apenas inicia el proceso, en tanto se tienen elementos para hacerlo. Esta acepción ha quedado de manifiesto en las siguientes expresiones de la doctrina nacional: "palpables y evidentes vicios de ilegalidad" y "situación clara a favor del quejoso"³¹³; "manifiestamente inconstitucional"³¹⁴; "presunción de que la demanda es fundada" y "derecho justificado a primera vista de la demanda"³¹⁵; "inconstitucionales en sí

310 *Ibidem*. 173.

311 Tesis: VII.1o.C. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, septiembre de 1997, p. 579.

312 Tesis: 2a. /J. 63/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, Septiembre de 1998, p.323, de rubro: CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.

313 De Alba de Alba, José Manuel, *op.cit.*, pp. 154 y 159.

314 Ricardo Couto en De Alba de Alba, José Manuel, *op.cit.*, p. 125.

³¹⁵ Góngora Pimentel, Genero, *op.cit.*, p. 159.

mismos"³¹⁶; y; "notoriamente arbitrarios"³¹⁷. Incluso de autores como Burgoa, que no abordan este tópico, sustraemos la expresión "notoria inconstitucionalidad"³¹⁸.

En resumen, se tienen las siguientes acepciones de apariencia:

Acepciones de apariencia.	
Lo externo o superficial de algo o alguien.	Que no sirve a los fines de la apariencia del buen derecho, porque habrá ocasiones en que se vea más que la superficie o exterior de algo o incluso era una cosa distinta.
Lo que parece y no es.	Que no sirve a los fines de la apariencia del buen derecho, porque la simulación no se da en todos los casos, y de acaecer, se conoce <i>a posteriori</i> .
Lo que a primera vista es evidente.	Que es la acepción que dio origen a la adopción de la apariencia del buen derecho como requisito para la concesión de la suspensión.
Lo que tenemos a primera vista parece que es.	Que representa mayor utilidad a los fines de apariencia del buen derecho. Bastará que de momento parezca que existe el derecho a favor del quejoso. Si lo que se ve de momento es acorde o no con lo que se juzgue en definitiva, eso se determinará en su momento, hasta en entonces se podrá concluir si lo que se veía era solo la superficie, todo o incluso una cosa distinta.

³¹⁶ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 144.

³¹⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, p. 81.

³¹⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 742.

Con los elementos que se han desarrollado hasta ahora, y sin pretender colmar el contenido de lo que se realiza en juicio sobre la apariencia del buen derecho, pues para ello es necesario complementar el estudio de la verosimilitud y probabilidad. se puede concluir que en este presupuesto *se realiza un juicio con las primeras impresiones, en el que se concluye de momento, la existencia del derecho fundamental cuya protección se solicita en el juicio de amparo.*

IV.2.2.4.2 Verosimilitud.

Cuando se revela que algo es verosímil, implica que ello es acorde con lo que regularmente ocurre. El *id quod plerumque accidit* – lo que normalmente ocurre-, sería insuficiente para justificar una decisión jurisdiccional³¹⁹. Conceder la tutela jurisdiccional porque eso ocurre frecuentemente, tendría preconcebida la solución y se faltaría a la obligación de motivar de acuerdo al caso concreto³²⁰. No es concebible que se decrete la prisión provisional, se embarguen bienes o se niegue la suspensión en todos los casos porque se tengan datos que eso ocurre normalmente.

Dentro de la psicología del pensamiento, existen dos temas cuya importancia trasciende al ámbito jurisdiccional, los que convertidos en interrogantes, son ¿Cómo es que las personas toman decisiones? ¿Cómo solucionan los problemas?³²¹ Como una de las respuestas a ello, los matemáticos Amos Tversky y Daniel Kahneman:

“... mantuvieron que las personas, para decidir, no realizan cálculos probabilísticos, sino que recurren a estrategias mucho más simples a las que pusieron los nombres de <<heurísticos>> y que son una especie de principios generales de actuación de las personas ante la toma de una determinada decisión”³²².

³¹⁹ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*, p.69.

³²² *Ibidem*, p.73.

Nieva Fenoll desarrolla cinco tipos de heurísticos, de los cuales dos resultan vinculados al tópico que nos ocupa³²³. El heurístico de la *representatividad* se hace presente cuando, para tomar una decisión y resolver un problema, se "obra de modo igual a como se obró en otros casos similares que culminaron con éxito". La aplicación en el ámbito jurisdiccional tiene lugar cuando para resolver un asunto, se busca y se aplica jurisprudencia relacionada. El inconveniente, del que poca atención se pone al respecto, es que la aplicación de la jurisprudencia no es tarea sencilla, en tanto que se trata de un criterio que resulta obligatorio para las mismas circunstancias fácticas y jurídicas del asunto que la originó, las que no siempre concurren en el nuevo asunto a juzgar, y sin embargo, por realizar un estudio ligero, se aplica³²⁴.

El heurístico de la *accesibilidad* significa "valorar la posibilidad de que ocurra un suceso en función de que el sujeto recuerde el acaecimiento de sucesos similares"³²⁵. Esto ocurre cuando el juez recurre a la memoria y su experiencia.

Resolver por representatividad y accesibilidad -antecedentes y precedentes que conoce el juzgador, sean de órganos superiores o propios-, nos devuelve al terreno de lo que normalmente ocurre. Aunque tenga por objeto la misma actividad, y se prefiera utilizar, dentro del ámbito de la medida cautelar del amparo, el término verosimilitud, la exposición de esos heurísticos, permitió dimensionar como esos principios generales de actuación en las personas ante la toma de una decisión, se hacen presentes también los juzgadores, y por tanto, que resultan un tanto previsibles las resoluciones que se toman.

³²³ Los restantes heurísticos son: *Anclaje y ajuste*, "Confirmar la propia opinión interpretando favorablemente a la misma todos los datos posteriores que vayan surgiendo", que tendría aplicación en la suspensión si una vez que se acordó la provisional en algún sentido, el juzgador se aprisione a no cambiarla, no obstante la mutación de circunstancias y elementos que obren el expediente; *utilidad subjetiva esperada*, "preferencia por las decisiones arriesgadas si aseguran una ganancia discreta, y por las decisiones inciertas no arriesgadas si la ganancia puede ser importante" y; *necesidad de justificación de la decisión*, "Preferencia por la decisión más aceptable socialmente si es preciso justificarla públicamente". *Ibidem*, p. 87.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 73-75 y 87, 73.

³²⁵ *Ibidem*, p.87.

Devuelta en la verosimilitud, en todo caso la propia LA no le deja la carga de satisfacer por sí mismo el concepto de apariencia del buen derecho, pues para ello también deberá tomarse en cuenta la probabilidad.

IV.2.2.4.3 Probabilidad.

En la suspensión del acto reclamado se realiza un juicio de probabilidad. La dificultad radica en que toda resolución es de mera probabilidad, por lo que esto no es exclusivo de un juicio *prima facie* como el que tiene verificativo en la suspensión. Sin embargo, como ya lo adelantamos, la diferencia es de grado. El paso siguiente es determinar el grado que de ella se necesita para la anticipación de tutela, no sin antes dejar constancia de su concepto y el tipo de probabilidad que sirve en el ámbito jurisdiccional.

Por lo que hace al concepto, "la probabilidad constituye una descripción aproximada en mayor o menor grado de la verdad. Afirmar que determinada alegación es probable significa decir que la proposición corresponde en determinada medida a la realidad"³²⁶. Como se dijo líneas arriba existen posiciones encontradas respecto a que si en el proceso se persigue la verdad³²⁷. Daniel Mitidiero asevera que esa es su finalidad, en cambio, Jordi Nieva niega tenga ese propósito. Por nuestra parte diremos que la resolución final es susceptible de tener un mayor grado de probabilidad respecto de la verdad, en tanto goza de un mayor acervo probatorio, más elementos y un espacio amplio para la reflexión, que una resolución adoptada en juicio *prima facie*. Esta mayor probabilidad sería lo que Mitidiero denomina la verdad posible en el proceso³²⁸, que será el parámetro para medir los distintos grados de aquella.

³²⁶ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 87.

³²⁷ En todo caso se admite que "el problema de la verdad judicial está lejos de quedar resuelto satisfactoriamente", Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 30.

³²⁸ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p.86.

En cuanto a los tipos de probabilidad, esta puede ser cuantitativa o cualitativa o lógica³²⁹. La primera a su vez se sub divide en objetiva o estadística y subjetiva. El propósito es determinar cuál de ellas es la apropiada para el proceso y en consecuencia para la suspensión.

La probabilidad cuantitativa objetiva o estadística se refiere "a la frecuencia con que ocurren determinados hechos en el mundo físico dentro de una clase o de una serie de fenómenos"³³⁰. Esta especie no es de beneficio para el proceso jurisdiccional, cuando de tomar una decisión se trata, salvo que la materia de la alegación sea la propia estadística. La frecuencia con que sucede un hecho, nada nos dice respecto del caso concreto a juzgar. Si una estadística nos informa que el embargo se decreta frecuentemente en contra de los deudores, ello nos servirá para el caso concreto que se someta a la consideración.

Por su parte, la probabilidad cuantitativa subjetiva, trata de la implementación de un método matemático, el teorema de Bayes, para "determinar el índice de probabilidad del enunciado o hipótesis fácticos de acuerdo con los medios de prueba relevantes"³³¹. Este tipo de probabilidad es poco viable en el ámbito jurisdiccional³³², pues resulta un proceso difícil y complicado cuando se deben analizar una variedad de medios de convicción, de lo que habrá que realizar cantidad considerable de inferencias³³³.

El otro tipo de probabilidad es la cualitativa, lógica o baconiana, que sustantivamente descansa en verificar las pruebas con las hipótesis. Se define en estos términos:

"...Así, la probabilidad es aquello que puede ser probado, es decir, una graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a las hipótesis de hecho a partir de las pruebas disponibles. Es una forma aproximativa de

³²⁹ Taruffo, Michele, *op.cit.*, p. 31.

³³⁰ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 89.

³³¹ Taruffo, Michele, *op.cit.*, p. 31.

³³² Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 90.

³³³ Taruffo, Michele, *op.cit.*, pp. 31 y 32.

*búsqueda de la verdad que funciona a partir de los elementos probatorios en los autos...*³³⁴

Una vez en este punto, la clave es determinar qué grado de probabilidad se necesita en sede provisional, pues ya se dijo que esta exige un grado menor que la resolución definitiva. Así, la probabilidad requerida en cada etapa procesal, si se permite la metáfora, hará las veces de un tacómetro de automóvil – instrumento que mide las revoluciones por minuto de la velocidad de motor-. Se exigirán mayores revoluciones, conforme avance el proceso.

De manera general se concluye que la anticipación de tutela se contenta con indicios o presunciones para concederla³³⁵. Veamos si esto es aplicable del todo para la apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado, en donde el grado de probabilidad aumentará de la suspensión provisional a la suspensión definitiva, la que será de menor grado que la exigida para la sentencia.

No perdamos de vista que estamos ante en juicio para la defensa de los derechos fundamentales, cuyo contraste es precisamente el ajuste del acto reclamado a los principios de orden constitucional. En esa línea, derivado de esa confronta, se advierte que existen actos reclamados inconstitucionales en sí mismos³³⁶, situaciones ante las cuales *per se* debe protegerse. En estos casos la reclamación se funda en hipótesis, y se tutela con base en presunciones. Si nuestra hipótesis es la inconstitucionalidad del acto reclamado por estar en peligro la salud, la integridad física o corporal mediante la imposición de alguna pena inusitada – azotes, palos, marcas-, es inconcuso que tendrá que ordenarse de inmediato la protección del derecho fundamental.

³³⁴ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 90.

³³⁵ *Ibidem*, p. 93.

³³⁶ Góngora Pimentel en González Chévez, Héctor, *op.cit.* p. 144.

Existen otro tipo de actos reclamados cuya inconstitucionalidad deviene de las características que lo rodean³³⁷, las cuales tendrán que acreditarse. Ya aquí el grado de probabilidad aumenta, y tendrá que haber actividad probatoria³³⁸.

En la suspensión provisional tienen mayor incidencia las presunciones – pruebas indirectas³³⁹-, y en la definitiva una actividad probatoria mayor: pruebas documentales, inspección judicial, y en su caso, la testimonial – pruebas directas³⁴⁰. Cuando el legislador dispone los medios de prueba que pueden ofrecerse, orienta al juzgador y le indica los medios de que debe valerse para acreditar los elementos de procedencia de la suspensión definitiva.

En la provisional el juez tiene a su disposición la demanda, en esta la manifestación bajo protesta de decir verdad respecto de los antecedentes del acto reclamado, y quizás ya algunas pruebas documentales. El juicio *prima facie* se manifiesta en todo su esplendor en la suspensión provisional, pues se juzga con las primeras impresiones. En cuanto a las presunciones, si bien es cierto en la suspensión sólo se admiten tres tipos de pruebas previamente identificadas, y la legislación supletoria, el Código Federal de Procedimientos Civiles en el Art. 93 Fracción VIII la identifica como una prueba, además de ser un medio de convicción, es una actividad racional³⁴¹ que realiza el juzgador, por lo que es válidamente puede realizarse en la suspensión, como una actividad de este. Recordemos que la presunción judicial - "...consiste en inferir, a partir de un hecho probado o conocido (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido: así del humo puede inferirse la existencia del fuego, de la posesión de la cosa robada la participación en el robo..."³⁴². De la definición, se desprenden sus tres elementos: base o indicio, nexos causal y lógico y la afirmación presumida. Los datos de que disponga el juzgador

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ Chávez Castillo, Raúl, *Derecho procesal cit.*, p. 119.

³³⁹ Gascón Abellán, Marina, *La prueba judicial*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C, 2015, p.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 28.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

³⁴² *Ibidem*, p. 24.

consistirán en indicios, las máximas de experiencia se utilizan como enlace lógico, y de ahí el juzgador infiere una afirmación, comúnmente llamada esta última como presunción³⁴³. No obstante se hace referencia a la prueba indiciaria en algunas tesis – lo que es más utilizado en el ámbito penal³⁴⁴ –, lo propio es la identificación como prueba presuncional, atentos a aquella es la base de esta.

En la suspensión definitiva el juzgador tiene demanda, informes previos – o la presunción legal de la existencia del acto reclamado en caso de su omisión-, y posiblemente las pruebas, aquellas que podían ofrecer las partes y las diligencias para mejor proveer que se hayan ordenado.

En consecuencia, *la apariencia del buen derecho significa que realizado un juicio con las primeras impresiones, con apoyo en presunciones o en el material probatorio disponible en el momento, de acuerdo al tipo de suspensión de que se trate, se concluye que es probable la existencia del derecho fundamental o la inconstitucionalidad del acto reclamado, y en consecuencia se debe proteger o realizar provisionalmente*, lo que para efectos prácticos significará que de tener que resolver el negocio en ese momento, el órgano jurisdiccional le concedería el amparo y protección de la justicia federal, en el entendido que la exigencia es menor que la requerida en sentencia. Eso genera la obligación del juzgador, cuando al motivar la concesión de la suspensión, de indicar los elementos que le hacen ver la existencia del derecho, indicar si es una presunción o alguna prueba.

Al iniciar este apartado se tuvo la precaución de indicar que la apariencia del buen derecho es un requisito de carácter positivo. Un Tribunal Colegiado interpretó que podía utilizarse contrario *sensu* para negar la suspensión, una vez que hecho el asomo provisional se advertía la probable constitucionalidad del acto reclamado³⁴⁵.

³⁴³ Nieva Fenoll, Jordi, *op.cit.*, pp. 36 y 39.

³⁴⁴ Gascón Abellán, Marina, *op.cit.*, p. 24.

³⁴⁵ Tesis: VIII.4o.15 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1565, de rubro: SUSPENSIÓN EN EL AMPARO SI AL ANALIZAR SU PROCEDENCIA SE ADVIERTE LA PROBABLE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO DEBE NEGARSE LA MEDIDA

Este criterio contendría en la contradicción de tesis 260/2013 resuelta por la Segunda Sala de la SCJN, y sería superado por jurisprudencia derivada de ella, en la que se concluye que la apariencia del buen derecho solo puede utilizarse en sentido favorable, y no para negarla, pues para estos últimos fines no fue dispuesta³⁴⁶. De esa manera, cuando se desprenda del juicio en la suspensión, la probable constitucionalidad del actor reclamado, ello no deberá asentarse por el juzgador, ni ser materia de su resolución, pues deberá supeditarse a motivar que no se satisface la apariencia del buen derecho.

IV.2.2.5 Peligro en la demora.

En el *periculum in mora* se realiza un cálculo que no es común en la actividad jurisdiccional, ni si quiera en las personas en general, realizar juicio de lo que podría pasar en el futuro. Aquí, se obliga al "juez a construir una perspectiva de futuro, tratando de adivinar qué es lo que sucederá si no adopta la medida cautelar"³⁴⁷. Se coloca al juzgador ante la emoción temor en doble partida, el de que su trabajo termine por ser inútil³⁴⁸ -*peligro de infructuosidad*- o que el derecho fundamental sufra daños por el retraso en la toma de decisión final - *peligro en la tardanza de la resolución*- en los términos que ya vimos en el capítulo segundo de este documento (*Supra* II.4.1.1 *Presupuestos*).

En la suspensión a petición del quejoso, el peligro de daño debe ser *de difícil reparación*, con el agregado que en la suspensión provisional, debe ser inminente, así lo dispone el Art. 139 de LA al establecer "un peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con perjuicios de difícil reparación para el quejoso". En la suspensión definitiva, el peligro en la demora, como dejamos constancia de ello, si

SOLICITADA EN APLICACIÓN, CONTRARIO SENSU, DEL PRINCIPIO DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO.

³⁴⁶ Tesis: 2a. /J. 10/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, t. II, p. 1292, de rubro: SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO NO PUEDE INVOCARSE PARA NEGARLA.

³⁴⁷ Nieva Fenoll, Jordi, *op.cit.*, p.208.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 209.

bien no está previsto con esos términos, se encuentra imbibido en la apariencia del buen derecho y la finalidad procesal de conservar la materia.

Tendrá que reflexionarse respecto del sentido de la posible sentencia estimatoria, para efecto de ir situando la situación jurídica cautelable, y evitar los daños de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso con el retraso de la sentencia de amparo.

IV.2.2.6 Que de la ponderación resulte que los daños que pudiera sufrir el interés social sean de menor peso que los daños que pudiera sufrir los intereses del quejoso.

IV.2.2.6.1 Ponderación.

Como se dijo en el capítulo primero de esta investigación, el Art. 107 fracción X de la CPEUM, establece la suspensión ponderativa, esto es, el mandato constitucional para que el juzgador en el caso concreto, para conceder la suspensión, pondere la apariencia del buen derecho y el interés social.

En los primeros años de investigación sobre el nuevo juicio de amparo se dice que lo más acertado, antes que respuestas, es formularse las preguntas correctas³⁴⁹. Unas de esas preguntas recién se inauguró la renovada garantía constitucional, y a propósito de la suspensión y el tema que ahora abordamos, nos resulta de utilidad: "...1) si debe negarse la suspensión cuando se afecte el 'interés público', ¿importará la apariencia del 'buen derecho'?; 2) ¿ésta es sólo aplicable cuando es evidente?; 3) ¿la prevalencia absoluta del 'interés público' no excluye la 'ponderación'?³⁵⁰

Respecto a la segunda pregunta, ya dejamos una propuesta al analizar el presupuesto respectivo. Como cuestión previa, es importante manifestar que derivado de la reforma constitucional de junio de 2011, la Carta Magna sustituyó como elemento de la suspensión, al interés público, por el interés social. Con ello se

³⁴⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p.589.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 603.

salvó la irregularidad que tenía la ley de amparo con la norma suprema, pues esta establecía el interés público y aquella el interés social³⁵¹.

En el Art. 138 de la LA se establece en sede legal la ponderación que indica el mandato constitucional, sin embargo, el último párrafo del Art. 128 señala que la suspensión deberá de negarse si se afecta el interés social o se contravienen disposiciones de orden público. De interpretar y aplicar a literalidad la LA, existirá una negación a la eficacia de la apariencia del buen derecho y una falsa ponderación.

Se dijo que en la suspensión el juzgador realiza un juicio *prima facie*, como si en ese momento, con los elementos de que dispone, tuviera que resolver el asunto, así, si en esa instancia, el juez se convence de que le asiste la razón a la parte quejosa, pues acredita de momento tener apariencia de buen derecho, ¿Cómo es que la sociedad tendría interés en violentar los derechos fundamentales? Cuando una persona es titular de un derecho fundamental, no hay interés social que pretenda lastimarlos, por el contrario, la sociedad también está interesada en su protección³⁵². Hagamos este ejercicio con la sentencia que ampara y protege al quejoso, el acto reclamado perseguía un finalidad de interés social/orden público, y aun así, estos fueron vencidos por la protección de los derechos fundamentales de una persona.

Negar la suspensión en caso de afectación al interés social/orden público sería una falsa ponderación, pues esta no existirá, dado que bastará que se afecte en "alguna medida" para que la medida cautelar se niegue, con lo que estaría preconcebida la solución por el legislador. La ponderación implica la existencia de dos elementos – principios, derechos o intereses-, y que uno habrá de sacrificarse por el otro, sólo para el caso concreto. Así, esta porción normativa que niega la suspensión en todos los casos, sería inconstitucional, pues la norma suprema ordena ponderar para conceder la suspensión. Una alternativa es hacer una interpretación conforme en con algunos elementos que se propone más adelante.

El principio de proporcionalidad, en cuyo último estrato se encuentra la ponderación o proporcionalidad *strictu sensu*, es un instrumento racional para solucionar la

³⁵¹ Castro y Castro, Juventino V., *La suspensión. .cit*, p. 103.

³⁵² Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, p. 601.

colisión de principios³⁵³. La subsunción como mecanismo de resolución de los conflictos entre reglas, es insuficiente cuando ello acontece entre principios, y para esto, el camino es el principio de proporcionalidad, que tiene aplicación en diversos ámbitos jurídicos, siendo su uso más conocido el "análisis de la licitud de una restricción"³⁵⁴ a los derechos fundamentales. Para el caso de México se señala que tiene tres principales campos de aplicación: "1) el examen constitucional de igualdad, 2) la proporcionalidad de las penas y sanciones en general, y 3) con ciertos matices, la proporcionalidad tributaria especialmente tratándose de la persecución de los llamados 'fines extrafiscales'"³⁵⁵. Derivado de la reforma de amparo, la ponderación en México tiene una nueva esfera de operatividad, en la resolución de la suspensión del acto reclamado.

El principio de integra de tres subprincipios, que funcionan a manera de niveles, habrá que pasar uno a uno, hasta llegar a la parte final en que se encuentra la ponderación, cuya definición en lo general lo encontramos en la siguiente transcripción:

*"El primer nivel de un examen de proporcionalidad se refiere al criterio de idoneidad; en este plano se avalúa si la medida que interviene un derecho es apta para conseguir el fin que la inspira. Un segundo estrato se refiere al subprincipio de necesidad, según el cual para ser lícita, la medida que afecta un derecho debe ser la única disponible o la menos lesiva entre varias. El tercer grado de esta evaluación se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto de una medida que afecta un derecho, la 'la ponderación' propiamente dicha; según este subprincipio, la licitud de la medida exige que el fin que promueve se beneficie en igual o mayor grado que el perjuicio que ocasiona al derecho en que interviene"*³⁵⁶.

No obstante que el elemento el nivel requerido es la ponderación, deben realizarse los niveles previos, pues la idoneidad y necesidad le son concomitantes y necesariamente previos³⁵⁷, realizados debe realizarse la ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social.

³⁵³ *Ibidem*, p. 598

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 596

³⁵⁵ Sánchez Gil, Rubén, "El principio de proporcionalidad (notas esenciales y aplicaciones prácticas)", en, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012, p. 504.

³⁵⁶ Carlos Bernal Pulido en Sánchez Gil, Rubén, "La suspensión...*cit.*..." p. 596.

³⁵⁷ Sánchez Gil, Rubén, "La suspensión...*cit.*..." p. 600.

Así, en cuanto a la ponderación, esta "consiste en estimar dos posiciones jurídicas contrapuestas en una situación determinada, para determinar cuál de los dos resulta más valiosa, y preferirla en consecuencia... la que mayor peso tenga en el caso particular"³⁵⁸. Para ello hay que aplicar la ley de la ponderación: "como alto sea el grado de insatisfacción o de perjuicio de un principio, tanto debe ser la importancia de la satisfacción de su contrario"³⁵⁹.

En el caso de la suspensión, lo que está en juego son dos intereses, el social y el individual del quejoso, y en cuanto a este último implica el estudio tanto de la apariencia del buen derecho, como el peligro en la demora, pues este se encuentra imbitito en aquel³⁶⁰, en tanto resultan un binomio inseparable. Así, *la suspensión deberá negarse si la afectación al interés social es mayor que los daños y perjuicios que pudiera resentir el quejoso*³⁶¹. Sin pretender realizarla, ni establecer una fórmula absoluta, este debería ser el sentido por el que deba construirse una interpretación conforme de la fracción II del Art. 128 de la LA, cuya probable inconstitucionalidad advertimos líneas arriba.

De lo contrario *si el beneficio es mayor para el quejoso, en proporción a un menor daño que pudiera resentir el interés social, la suspensión deberá concederse*³⁶². Es importante hacer hincapié que la materia de la ponderación no son principios en abstracto, sino que deben "atenderse a las circunstancias concretas del derecho que el quejoso estime alterado en su situación particularizada ante el acto y, a su vez, a la forma en que el interés general o el orden público, se concretizan mediante el acto de autoridad"³⁶³. Esto es, debe abandonarse un análisis un abstracto, para realizar

³⁵⁸ *Ibidem* p. 593.

³⁵⁹ Robert Alexy en Sánchez Gil, Rubén, "La suspensión...cit.", p.597.

³⁶⁰ Tesis: PC.III.C. J/7 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Publicación: viernes 15 de enero de 2016 10:15 h, de rubro.

³⁶¹ Tesis: 2a. /J. 204/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 315,

³⁶² Tesis: I.4o.A.536 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, Agosto de 2006, p. 2347.

³⁶³ Tesis: IV.2o.A.69 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo II, p. 1922.

uno concreto, pues con aquel se negaría la suspensión en todos los casos. Además debe otorgarse la justa dimensión a la apariencia del buen derecho, que como ya se señaló, significa que es probable la existencia del derecho y la inconstitucionalidad del acto reclamado, por lo que de colmarse este elemento, el juzgador no debe dudar en inclinar la balanza a favor del quejoso, porque también es de interés social la protección de los derechos fundamentales.

En Europa se ha dado un paso adelante en esta materia, concediendo un lugar secundario o inclusive negando la ponderación con el interés social o público. Las razones que se aducen son varias y en nuestro concepto robustas. Primero, la tutela judicial efectiva no está condicionada y no "se entiende salvo perjuicio al interés público". Segundo, la autoridad responsable no puede violentar la norma fundamental y los derechos humanos – lo que se advierte en la apariencia del buen derecho- y posteriormente alegar que esa situación antijurídica creada por ella, es de interés social³⁶⁴. Nos parece que a ese sendero debe transitar el sistema de amparo, como lo advertimos de Burgoa, el orden social en género, se integra por dos elementos, el orden social público, y el orden social privado, y este debe valorarse en su justa medida a partir de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, en el que ha quedado claro que los derechos humanos son el centro sobre el que gravita el orden constitucional mexicano.

Los conceptos "interés social" y "orden público", representan una de las mayores dificultades, no de la suspensión y el amparo, sino del derecho en general³⁶⁵, pues "lo que hoy es orden público, no lo será dentro de algunas semanas o incluso años... no es solamente variable de un país a otro; también varía dentro de un país con distintas épocas"³⁶⁶. Estamos en presencia de términos cuyo contenido está afectado de variabilidad, a factores de tiempo y espacio³⁶⁷. No obstante estas

³⁶⁴ García de Enterría, en Zaldívar Lelo de Larrea, *op.cit.*, p. 96.

³⁶⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, pp. 723 y 724

³⁶⁶ Niboyet, en Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, p. 725.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 725.

dificultades, se han realizado esfuerzos por establecer algunas coordenadas para centrarlos.

IV.2.2.6.2 Disposiciones de orden público.

De Ignacio Burgoa desprendemos que el "orden" sistematiza, organiza o encauza algo para su preservación, lo que llevado al orden social, significa que armoniza y sistematiza las fuerzas, energías o intereses, algunas veces contrapuestos, que se desarrollan en una comunidad. Las personas tenemos intereses propios e individuales, de entre ellos algunos comunes, que el orden social busca conciliarlos para la continuidad y supervivencia de la colectividad. Este orden social genérico tiene dos esferas de operatividad, la pública que tiende a la protección de la colectividad o población, y la privada, que se encarga de salvaguardar a la persona en lo particular. Así, el orden público persigue alguna de estas tres finalidades: satisfacer una necesidad colectiva, procurar un bienestar público o a impedir un mal al conglomerado humano³⁶⁸.

De esta manera, las disposiciones de orden público, serán aquellas que se encuentren en cualquier ordenamiento jurídico, y que busquen alguna de esas finalidades, con independencia de su adscripción al derecho público o privado. La división entonces entre normas de derecho público y de derecho privado, no sirve para estos efectos, pues en las primeras pueden existir normas de orden privado, y en las segundas, disposiciones de orden público. En esta línea, no es suficiente que una ley se autoproclame de orden público, para que sus disposiciones se reputen como tal, para ello será necesario la revisión de cada una, para clasificarlas en alguna de las dos esferas de operatividad ya indicadas³⁶⁹.

³⁶⁸ *Ibidem*, pp. 729-733.

³⁶⁹ *Ibidem*, pp. 735-738.

IV.2.2.6.3 Interés social.

De modo muy somero, interés será algo que represente alguna utilidad. Aplicada la noción al interés social, toda situación o acto, de que la "sociedad pueda obtener algún provecho o beneficio por modo directo e inmediato"³⁷⁰. El Art. 129 de la LA, establece trece supuestos³⁷¹ en los cuales *a priori* se indica que se afecta el interés social o se contravienen disposiciones de orden público, esto es, presunciones legales³⁷² que admiten prueba en contrario, pues aún en estos casos, según dispone el último párrafo de dicho arábigo, si con la medida suspensiva se afectan aquellos, deberá de negarse. Hipótesis, que no siguen ningún sistema lógico jurídico³⁷³.

Expuesto lo anterior, lo acertado sería concluir que se trata de conceptos jurídicos indeterminados³⁷⁴, los cuales pueden definirse como "especies normativas en donde en el soporte fáctico hay previsión de un término indeterminado, marcado por la

³⁷⁰ *Ibidem*, p., 741.

³⁷¹ I. Continúe el funcionamiento de centros de vicio o de lenocinio, así como de establecimientos de juegos con apuestas o sorteos; II. Continúe la producción o el comercio de narcóticos; III. Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos; IV. Se permita el alza de precios en relación con artículos de primera necesidad o de consumo necesario; V. Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país; VI. Se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; VII. Se permita el incumplimiento de las órdenes militares que tengan como finalidad la defensa de la integridad territorial, la independencia de la República, la soberanía y seguridad nacional y el auxilio a la población civil, siempre que el cumplimiento y ejecución de aquellas órdenes estén dirigidas a quienes pertenecen al régimen castrense; VIII. Se afecten intereses de menores o incapaces o se les pueda causar trastorno emocional o psíquico; IX. Se impida el pago de alimentos; X. Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de ley o bien se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 131, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de esta Ley; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional; XI. Se impidan o interrumpan los procedimientos relativos a la intervención, revocación, liquidación o quiebra de entidades financieras, y demás actos que sean impostergables, siempre en protección del público ahorrador para salvaguardar el sistema de pagos o su estabilidad; XII. Se impida la continuación del procedimiento de extinción de dominio previsto en el párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En caso de que el quejoso sea un tercero ajeno al procedimiento, procederá la suspensión; XIII. Se impida u obstaculice al Estado la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes de dominio directo referidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁷² *Ibidem*, p. 745.

³⁷³ Castro y Castro, Juventino V., *La suspensión... cit.*, p. 110.

³⁷⁴ González Chévez, Héctor, *op.cit.*, p. 110.

vaguedad semántica, pero que cuentan con consecuencias jurídicas legales previstas³⁷⁵. Se ha reconocido que estos conceptos tendrán que ser realizados por el juzgador en cada caso concreto, lo que pone de manifiesto que el soporte fáctico tiene un término indeterminado –interés social y orden público–, aunque las consecuencias jurídicas están previstas, de afectarse con la suspensión, la medida deberá negarse.

De las aproximaciones a los conceptos de orden público – recogido en disposiciones normativas- e interés social, desprendemos que aquel se refiere a este, el que preferimos utilizar en tanto tiene rango constitucional. Compartimos que se trata de sinónimos, "y que se utilizan con cierta licencia literaria por parte del legislador y la doctrina con el fin de evitar vicios en la redacción de la norma"³⁷⁶.

IV.2.2 Efectos de la suspensión.

Una vez acreditados los requisitos de procedencia, el juzgador deberá señalar los efectos de la suspensión del acto reclamado, indicando con claridad la abstención o la actuación que solicita de la autoridad responsable, lo que se ha denominado situación jurídica cautelable³⁷⁷.

IV.2.2.1 Paralización.

Para la procedencia de la suspensión- paralizantes, permanece una fórmula con los siguientes elementos:

³⁷⁵ Mitidiero, Daniel, *op.cit.*, p. 80, en la nota al pie número 2.

³⁷⁶ Béjar Rivera, Luis José, "Orden público", en Olivos Campos, José René (coord.), *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2014, p. 227.

³⁷⁷ González Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006.

Petición del quejoso + existencia del acto reclamado + acto reclamado positivo + apariencia del buen derecho + peligro en la demora + que los daños que resienta el interés social no sean de mayor peso que los que resienta el quejoso = suspensión paralizante.

IV.2.2.2 Restitución provisional.

En consecuencia, algunos elementos para la restitución provisional son los siguientes:

Petición del quejoso + existencia del acto reclamado + acto reclamado negativo u omisión o consumado + derecho de prestación reversible en la sentencia + apariencia del buen derecho + peligro en la demora + que los daños que resienta el interés social no sean de mayor peso que los que resienta el quejoso = suspensión con efectos restitutorios provisionales.

IV.2.3 Requisito de continuidad o garantía.

Una vez concedida la suspensión provisional el juzgador de amparo deberá tomar "las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados". Esto es a lo que la doctrina ha denominado requisitos de efectividad, que significa que la suspensión seguirá surtiendo sus efectos si dentro del plazo de cinco días el quejoso otorga garantía mediante fianza, prenda o hipoteca³⁷⁸.

La mayoría de los tratadistas de amparo, entre ellos Ignacio Burgoa y Genero Góngora Pimentel³⁷⁹, los denominan requisitos de efectividad, lo cual no nos parece acertado. El Art. 136 de la LA, señala que la suspensión del acto reclamado surte sus efectos desde el momento en que pronuncie el acuerdo relativo, aun y cuando sea

³⁷⁸ La fianza está prevista en el Art. 2165 y siguientes, la Prenda en el Art. 2227 y siguientes, y la Hipoteca en el Art. 2264 y siguientes, todos del Código Civil para el Estado de Nayarit.

³⁷⁹ Góngora Pimentel, Genero, *La suspensión...cit.*, 45

***La suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia***

recurrido. Es decir, la suspensión provisional es efectiva desde el momento en que la concede el juzgador de amparo y no hasta que se otorgue la garantía que solicita la LA para que se prolonguen sus efectos, de ahí que incluso se diga que es una "suspensión gratuita". Por ello nosotros proponemos que el requisito de otorgar garantía para seguir con el beneficio suspensivo, se denominen requisitos de continuidad, y no de efectividad, porque efectiva es desde el acuerdo que la concede.

CONCLUSIONES

Los primeros estudios que se realizaron de la suspensión del acto reclamado una vez en vigor la Ley de Amparo de 2013, se supeditan a describir la operatividad de la anacrónica suspensión paralizante y a enunciar, soslayándose su análisis, el efecto restitutorio provisional. La presente investigación se caracteriza por su profundidad en el análisis de la actualidad de la suspensión del acto reclamado de la *nueva* Ley de Amparo, de su evolución, clasificación, presupuestos y características, y respecto de la suspensión a petición del quejoso en el amparo indirecto, la primera en profundizar en el contenido de sus requisitos actuales, en reconstruir la técnica para resolverla que contemple los dos efectos posibles – paralización y restitución provisional-, en proponer los elementos para la procedencia del efecto positivo, que incluye, los derechos fundamentales que son susceptibles de restitución provisional. De estas aportaciones, se da cuenta en el capítulo cuarto, que desglosamos en los siguientes párrafos.

Como afirmamos, el estudio reconstruye en la doctrina la técnica para resolver la suspensión a petición del quejoso, lo que implica tanto el orden de prelación de requisitos, como su contenido. Así, la técnica con LA de 2013, debe ser de esta manera: A) Requisitos de procedencia: 1) Petición del quejoso, 2) Certeza de la existencia del acto reclamado, 3) Susceptibilidad de suspensión *latu sensu* o tutela provisional, 4) Apariencia del buen derecho, 5) Peligro en la demora y 6) Que de la ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social, resulte que los daños que pudiera sufrir el interés social sean de menor peso que los daños que pudiera sufrir los intereses del quejoso; B) Efectos de la suspensión; C) Requisito de continuidad o garantía y D) Previsiones generales para evitar el abuso de la medida.

Se aportan conceptos que responden a las exigencias de la nueva suspensión: Susceptibilidad de suspensión *latu sensu* o tutela provisional y viabilidad jurídica y material de la restitución provisional, el primero para analizar en abstracto la

posibilidad de otorgar protección provisional en la suspensión, y el segundo, para realizar un *test* para la procedencia del restitutorio provisional.

Se delimitan con las técnicas metodológicas de referencia, los conceptos de verosimilitud y probabilidad, de vital importancia para el entendimiento del presupuesto de apariencia del buen derecho, además de desarrollar conceptos que, en otras investigaciones y criterios judiciales, sólo se mencionan tangencialmente y se dan por entendidos, como conocimiento superficial, juicio *prima facie*, apariencia y ponderación en la suspensión el acto reclamado.

En cuanto a esta última, se advierte la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Amparo que niega la suspensión en caso de afectación al interés social –Art.128 Fracción II-, ante lo que se exponen las bases para realizar en su caso interpretación conforme que salve la regularidad con el texto constitucional, y la operatividad de la ponderación en la suspensión.

Más allá de establecer la procedencia de un derecho fundamental en lo particular, la investigación aporta formulas viables para verificar la procedencia de alguno de los dos efectos de la suspensión, la paralización y la restitución provisional, como se puede constar en el epígrafe de *efectos* del capítulo cuarto. Se indicó con claridad los actos reclamados materia de paralización – positivo *latu sensu*- y los derechos fundamentales susceptibles de restitución provisional – los prestacionales en sentido amplio-

Se pone de relieve las carencias de la vetusta suspensión sólo paralizante, medida cautelar incompleta de la abrogada Ley de Amparo, que paradójicamente dejaba “desamparados” una parte importante de actos reclamados – negativos, omisiones y consumados- y derechos fundamentales – los prestacionales en sentido amplio-. Se otorga el lugar que hoy merece la suspensión, una verdadera garantía positiva, que hace las veces de amparo provisional.

El trabajo invita a desarrollar nuevas investigaciones, que pugnen por hacer avanzar y evolucionar tanto la suspensión del acto reclamado como la tutela de los derechos, así, se dejan líneas de investigación para conceder la tutela anticipada con la sola apariencia del derecho, sin que sea necesario el peligro en la demora; a conceder la suspensión con acreditarse la apariencia del buen derecho, sin necesidad de ponderar con el interés social y; a la necesidad de instrumentar el mecanismo legal para la procedencia de un *amparo anticipado*, que sea instrumento no de la sentencia – como las medidas cautelares- sino de los fines del amparo – la protección del derecho-.

En el capítulo segundo, se pretende aportar por primera ocasión, el tratamiento de la suspensión como definición estipulativa del derecho de amparo, y se le clasifica como *suspensión latu sensu*, que alberga dos efectos, y una *suspensión strictu sensu*, que mantiene el efecto paralizante. En ese mismo capítulo, se aborda la naturaleza jurídica de la suspensión desde una óptima escasamente explorada, como tutela de derecho, que nos conduce a ver más allá de un cuadro meramente procesal, sino en términos sustantivos, en cuyo centro está la protección de los derechos fundamentales, lo que se concluye es acorde con el actual artículo primer constitucional.

En suma, en el capítulo cuarto se comprobó la hipótesis de la investigación, pues se acreditó que los derechos fundamentales de prestación continuada o de tracto sucesivo, son susceptibles de restitución provisional en la suspensión provisional, en tanto permiten un adelanto provisional del derecho, su protección, la conservación de la materia del juicio y que permiten el arribo de la sentencia, en la que se podrá resolver sobre su protección definitiva o negarla.

FUENTES DE CONSULTA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. Ed. España, Trota, 2014
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a.Ed., España- México, Fontamara, 2013.
- ALMANZA VEGA, Rigoberto Delfino, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2015
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Edgard, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2005.
- BURBANO HERRERA, Clara, *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte, el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa- IMDPC, 2012
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 43 Ed., México, Porrúa, 2012.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Argentina, Librería del Foro, 1996.
- CANTÓN J. Octavio (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales, ensayos y materiales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- CARBONELL, Miguel (coord.) *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4ª, México, 2014.
- _____ (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- _____ y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Editorial Flores, México, 2014.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Glosas constitucionales*, México, Porrúa, 2010, p. 109.
- _____, *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, 8ª Ed., México, Porrúa, 2010.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Derecho procesal de amparo conforme a la nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2014.
- _____, *Juicio de amparo*, 11ª ed., México, Porrúa, 2011.

- _____, *Nueva ley de amparo, comentada*, 6ta Ed., México, Porrúa, 2014.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La Tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, España, Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- CORZO SOSA, Edgar, *Medidas provisionales de la corte interamericana de derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón (coord.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.
- DE ALBA DE ALBA, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2012.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación, elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 6ª Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- DEL ARENAL MARTÍNEZ, Vicente Roberto, *La técnica en el juicio de amparo*, México, Editorial Flores, 2015.
- ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- ESPINOZA BARRAGÁN, Manuel Bernardo, *Juicio de amparo*, 2da. Ed., México, Oxford University Press, 2015.
- FABELA, Luz María Reyna, *La responsabilidad profesional del médico en México*, México, Porrúa, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2013.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 1999
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 2006.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La prueba judicial*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C, 2015.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2010.
- _____, *La suspensión en materia administrativa*, 10ª Ed., México, Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006.

***La suspensión del acto reclamado con efectos restitutorios provisionales en el amparo indirecto:
elementos para su procedencia***

- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*. Argentina, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011.
- MITIDIERO, Daniel, *Anticipación de tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Madrid, Marcial Pons, 2013.
- MONARQUE UREÑA Rodolfo y NOVIA CRUZ, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo, planteamiento esquemático, nueva ley de amparo de abril del 2013*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, España, Atelier, 2007.
- OLIVOS CAMPOS, José René (coord.), *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2014.
- ORTIZ, Luis Noé (coord.), *Estudios sobre el nuevo juicio de amparo*, México, INADEJ, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 6ª Ed., México, Oxford University Press, 2007.
- ZÁLDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, 3ª. Ed., México, Porrúa, 2010.
- OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *Teoría de la suspensión del acto reclamado en materia penal*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2009.
- PADILLA, José R., *Sinopsis del amparo, incluye nueva ley de amparo*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2013.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford University Press, 2011.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012.
- SILVA GARCÍA, Fernando (coord.), *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, Colección garantismo judicial.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- TRON PETIT, Jean Claude, *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, 4ª Ed., México, Themis, 2003.
- VÁZQUEZ ORTÍZ, Loretta, *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*, México, Porrúa, 2010.

REVISTAS

RESTREPO-MEDINA, Manuel Alberto. "La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo." *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7.2 (2005): 191-205.

ARTICULOS EN INTERNET

AGUIRRE ANGUIANO, Sergio Salvador, "El Juicio de Amparo Hoy", México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 55.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/5.pdf>

CARBONELL, Miquel y CARBONELL, José, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM-IIJ, 2013, Serie estudios jurídicos Núm.218, p.3,
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf

DA SILVA, José Alfonso, "Mutaciones constitucionales", trad. De María del Pilar Hernández, *Cuestiones constitucionales*. Revista mexicana de derecho constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm#N1>

DE ALBA DE ALBA, José Manuel y FLORES MUÑOZ, Mario Cesar, *La apariencia del buen derecho en serio*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal,
http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_4.pdf