

LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son... en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.

Piero CALAMANDREI¹

I

Las medidas cautelares están íntimamente relacionadas con la temática central del presente Congreso. El juzgador constitucional, como una manifestación de sus poderes, atribuciones y deberes, otorga “tutelas provisionales” para garantizar la eficacia del proceso y evitar daños irreparables, sea a petición de parte o bien de oficio, cumpliendo con las previsiones legales y jurisprudenciales correspondientes.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* www.iidpc.org.

¹ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45. La obra original en italiano fue publicada en 1936, con el título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, Cedam.

Es cierto que la sentencia constitucional representa la máxima expresión de los poderes del juez constitucional. Constituye el corazón de la jurisdicción constitucional, la actuación jurisdiccional por excelencia, al resolver la cuestión constitucional planteada con repercusiones jurídicas (políticas y sociales también) de la mayor importancia en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, no todos los actos jurisdiccionales dentro de un proceso constitucional constituyen “resoluciones” y menos aún “sentencias”. Es más, no todas las manifestaciones de los poderes del juez constitucional se encuentran contenidas, en estricto rigor, en las actuaciones jurisdiccionales,² si bien son en estas donde alcanzan su mayor expresión y particularmente en las “resoluciones” que dicta.

Es frecuente que algunas resoluciones dentro del procedimiento constitucional sean de tal importancia que se convierten en una tutela fundamental para la efectividad del objeto mismo del proceso. Se constituye una garantía de la garantía, al mantener viva la materia y objeto del proceso, a tal extremo que en ocasiones resulta necesario anticipar los alcances de la sentencia definitiva para que la pretensión logre su cometido. De ahí que los poderes del juez constitucional se manifiestan durante todo el procedimiento y no solo al resolver la cuestión de mérito por medio del acto jurisdiccional conocido como sentencia. Una de las manifestaciones más claras de estos poderes del juzgador constitucional precisamente se encuentran en las medidas o providencias cautelares, que constituye un tipo de “resolución” dentro del proceso constitucional.

En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, hábeas corpus y hábeas data, la suspensión de los actos (en sentido amplio) provenientes de autoridad o de particulares (en ciertos casos), constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulnera-

² En el sistema jurídico mexicano, así sucede, por ejemplo, con la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prevista en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Federal. No se ejerce propiamente jurisdicción constitucional, si bien constituye una garantía de la Constitución, en la medida en que por disposición de nuestra ley fundamental se averigua algún hecho o hechos que constituyen una grave violación de algún derecho fundamental, de tal manera que el “dictamen” que se emita como resultado de la investigación, deberá señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que sean procedentes (*cfr.* la regla 24 del Acuerdo General 16/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de agosto de 2007).

ción ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo *conservativas*, sino de carácter *innovativas* al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.

En otros procesos constitucionales, como en los conflictos competenciales y de atribuciones entre poderes y órganos del Estado, resulta de igual importancia este tipo de medidas cautelares contra actos (y en ocasiones disposiciones generales),³ para evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad) y lograr la eficacia del proceso. La importancia de las medidas cautelares en estos instrumentos procesales aumenta en aquellos sistemas que prevén que las sentencias no tendrán efectos retroactivos, como sucede en el caso mexicano, al operar esta regla en general, salvo en materia penal que rigen los principios y disposiciones legales aplicables para esta materia, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (en adelante LR105).

En cambio, su importancia se reduce en los procesos de regularidad constitucional abstracta de normas generales, que por regla no prevén la suspensión, como sucede en la acción de inconstitucionalidad mexicana en el que “La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”, como lo predica el tercer párrafo del artículo 64 de la LR105. Regla que también se sigue en la controversia constitucional cuando se hubiere planteado respecto de nor-

³ En algunos ordenamientos se admiten medidas cautelares contra disposiciones generales, atendiendo a ciertas particularidades. Así sucede en España, en el caso de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autonómicas, siendo automática cuando se invoque por el gobierno de la nación, debiendo en un plazo no mayor a cinco meses ratificar o no la suspensión, o potestativa del Tribunal Constitucional cuando sea planteada por la Comunidad autónoma y se trate de perjuicios de imposible reparación. La comunidad autónoma incluso puede pedir el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada sin agotar el plazo de cinco meses (artículo 161.2 de la Constitución y 64.2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). *Cfr.* Caamaño Domínguez, Francisco, Gómez Montoro, Ángel J., Medina Guerrero, Manuel, y Requejo Pajés, Juan Luis, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 94; Vecina Cifuentes, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 1993.

mas generales, en términos del artículo 14 del mismo ordenamiento, conforme lo analizaremos más adelante.⁴

En nuestro país las medidas cautelares constitucionales han sido básicamente desarrolladas vía amparo, con bases constitucionales y amplia legislación, así como también a través de una abundante jurisprudencia. Asimismo, existe una rica doctrina sobre la “suspensión del acto reclamado”, sea en las clásicas obras generales sobre el juicio de amparo,⁵ al estudiar los incidentes,⁶ o de manera monográfica sobre la institución de la suspensión.⁷ En cambio, resultan escasos los estudios sobre esta figura

⁴ En otros procesos constitucionales proceden las medidas cautelares en contra de leyes, como sucede en el amparo en México. Caso distinto es la medida cautelar utilizada en los procesos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes, como el previsto en Chile, a partir de la reforma constitucional de 2005, donde se atribuye al Tribunal Constitucional “resolver la suspensión del procedimiento”; constituye una medida cautelar la orden de no innovar, con el objeto de poder paralizar el proceso donde se generó el conflicto de constitucionalidad de la ley. Cfr. Colombo Campbell, Juan, *La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2008.

⁵ Existe una amplia bibliografía que estudia de manera general el juicio de amparo. Además de la clásica obra de Ignacio Burgoa, cuya primera edición es de 1943 (*El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2005), destacan, entre otras, Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2001; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, y Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

⁶ Cfr., entre otras, las obras de Polo Bernal, Efraín, *Los incidentes en el juicio de amparo*, Limusa, 1993; Tron Petit, Jean Claude, *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, 4a. ed., México Themis, 2000.

⁷ Entre las monografías sobre la suspensión del acto reclamado destaca, en primer término, la clásica obra de Couto, Ricardo, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, México, Casa Unida de Publicaciones, 1929; que posteriormente apareció en 1957, actualizada y ampliada, en Porrúa, con la denominación de *Tratado teórico-práctico de la suspensión en amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, con ediciones posteriores (4a. ed., México, Porrúa, 1983); asimismo, véanse, Castro y Castro, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2006; Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 10a. ed., México, Porrúa, 2008; de este mismo autor y Saucedo Zavala, María Guadalupe, *Suspensión del acto reclamado*, 7a. ed., México, Porrúa, II t., 2004; González Chávez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006; Martínez García, Hugo, *La suspensión del acto reclamado en materia de amparo*, México, Porrúa-UANL, 2005; Ojeda Bohórquez, Ricardo, *El amparo penal indirecto: (suspensión)*, 5a. ed., México, Porrúa, 2005; *Teoría de la suspensión del acto reclamado en materia penal*, México, Porrúa, 2005; Rodríguez Minaya, Juan Ramón, *La suspensión en el juicio de amparo. Cua-*

cuando se trata del diverso proceso de controversia constitucional a que se refiere la fracción I del artículo 105 constitucional, que en ocasiones se analiza de manera superficial al estudiar este medio de control en su integridad,⁸ siendo pocos los estudios específicos sobre las medidas cautelares.⁹ De ahí que nuestro objetivo es brindar algunas notas sobre la suspensión del acto en controversia constitucional a la luz de los poderes del juez constitucional, sin ningún ánimo de exhaustividad.

dero de trabajo, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2007; Soto Gordo, Ignacio y Liévana Palma, Gilberto, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, Porrúa, 1957; Trueba, Alfonso, *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo*, México, Jus, 1975; así como la obra del Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, *La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.

⁸ Cfr. Acuña Méndez, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004; Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la Corte. El caso Tabasco y otros*, México, Monte Alto, 1997; Baltazar Robles, Germán, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002; Cossío Díaz, José Ramón, “El artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 973-999; Castro y Castro, Juvenino V., *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000; González Oropeza, Manuel, *Las controversias entre la Constitución y la política*, México, UNAM, 1993; Gudiño Pelayo, José de Jesús, *La improcedencia y el sobreseimiento en controversia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2002; *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002; Hernández Chong Cuy, María Amparo, *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, Zapopan, Universidad Panamericana, 1998; Orozco Gómez, Miguel, *Procedimientos constitucionales: controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Porrúa, 2004; Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *La controversia constitucional. Elemento técnico jurídico de una nueva relación entre poderes*, México, UNAM, 2002.

⁹ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “Supuestos en los que puede originarse una violación a la suspensión en controversia constitucional y las obligaciones de la autoridad”, México, *Lex*, diciembre de 2006, pp. 11-19; Nava Malagón, Pedro, “El incidente de suspensión en controversia constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., t. II, pp. 1075-1093; Pérez Fernández Ceja, Ydaria, *La suspensión en controversia constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 2006; Soberanes Díez, José María, “La suspensión en controversias constitucionales respecto de resoluciones no definitivas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 330-337.

II

Los poderes del juez constitucional en el proceso de controversia constitucional se manifiestan a través de las actuaciones jurisdiccionales. No todas estas actuaciones son propiamente del órgano jurisdiccional, ya que también las realizan las partes. Existen también distintos tipos de actuaciones jurisdiccionales del órgano, que pueden reflejarse, por ejemplo, en actos de comunicación, en actos de ejecución y, por supuesto, en actos de decisión, que se realizan de manera individual (presidente de la Suprema Corte, presidente de Sala, ministro instructor y ministro encargado del engrose de sentencia) o bien en forma colegiada (pleno, salas o comisión de receso).

Las actuaciones jurisdiccionales más importantes son de *decisión*, es decir, las que se catalogan como “resoluciones judiciales”, donde se deciden aspectos esenciales del procedimiento, como son, entre otros, la admisión o desechamiento de la demanda, la admisión o desechamiento de pruebas, la concesión, negativa, modificación o revocación de la suspensión del acto y, por supuesto, la más importante de todas, donde se decide el fondo del asunto a través de la sentencia definitiva.

En nuestro medio existe confusión terminológica y conceptual en los diversos códigos procesales, como en la que incurre el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.¹⁰ La doctrina más segura dentro del procesalismo científico contemporáneo clasifica las resoluciones judiciales en tres tipos: (1) *decretos*, si se refieren a simples determinaciones de trámite; (2) *autos*, cuando decidan cualquier aspecto del negocio, salvo el fondo, y (3) *sentencias*, cuando decidan el fondo del negocio.¹¹ Creemos que esta clasificación es la más adecuada para el derecho procesal constitucional mexicano, no sólo por ser ampliamente sostenida en la doctrina por su sencillez, sino también porque la sigue el artículo 220 del

¹⁰ El artículo 79 del referido Código distingue entre: (1) decretos, (2) autos provisionales, (3) autos definitivos, (4) autos preparatorios, (5) sentencias interlocutorias y (6) sentencias definitivas. Esta clasificación ha sido criticada doctrinalmente por su complejidad que confunde la naturaleza propia de las resoluciones.

¹¹ *Cfr.*, entre otros, Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2007, pp. 325-326, y Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford, 2006, pp. 295 y 296.

Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la LR105, en términos de su artículo 1o. *in fine*.¹²

Así, la decisión en el incidente de suspensión que emite el ministro instructor en controversia constitucional *constituye una resolución judicial en forma de auto*. No constituye una mera determinación de trámite, ya que además de evitar posibles daños irreparables a una de las partes o incluso a la sociedad, *tutela también al propio proceso constitucional* como institución de interés público, de tal suerte que resuelve un aspecto esencial para que la pretensión principal logre su objetivo en la sentencia definitiva. En otras palabras, garantiza la realización del proceso constitucional, cuestión que interesa a la propia función jurisdiccional como poder del Estado.

Tampoco constituye la sentencia misma, no obstante que en ocasiones pudiera pensarse que en realidad la medida cautelar es una “sentencia provisional”, como se ha calificado en materia de amparo, con la denominación de “suspensión con efectos de amparo provisional”.¹³ Esto no es así por el *carácter temporal* de la decisión, es decir, la suspensión del acto no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva, característica que tienen por naturaleza todas las medidas cautelares, como veremos más adelante, derivada de su *provisionalidad*. Aquí cobra importancia las reflexiones de Calamandrei, en el sentido de que la provisoriedad de las medidas cautelares *no tiene conexión con el modo de formación de la providencia*, de tal suerte que la tutela cautelar tiene efectos provisionales no porque

la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, *sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse*, ya que su finalidad habría quedado lograda

¹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 12, 2008 (en prensa).

¹³ Tesis utilizada por Couto desde la primera edición (1929) de su clásica obra, *op. cit.*, *supra* nota 7. En la segunda edición, actualizada y ampliada, que aparece veintiocho años después (1957, Porrúa), le dedica un apartado especial: “De la suspensión con efectos de amparo provisional” (pp. 219-244), que en realidad constituye la ponencia que presentó el 14 de noviembre de 1956, en la primera sesión del ciclo de conferencias organizado por el Instituto Nacional del Amparo.

en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia.¹⁴

Esta circunstancia resulta lógica si se advierte que estamos en presencia de un proceso contradictorio, de tal suerte que el juez constitucional tiene que escuchar a las partes, valorar las pruebas, recibir los alegatos, para poder resolver sobre el fondo de la cuestión de manera definitiva. Cuando decide respecto de la suspensión del acto, si bien existe una cognición sumaria, no se tiene la finalidad de resolver la cuestión efectivamente planteada en el fondo, sino su objetivo consiste en evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad y garantizar la eficacia y finalidad misma del proceso constitucional como institución. De ahí que en ningún caso los poderes del juez constitucional al decidir sobre la suspensión del acto, pueden llegar a constituir una *situación jurídica irreversible*, que sólo está reservada a la sentencia definitiva.

La propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha sostenido que la suspensión del acto en controversia constitucional participa de la naturaleza de las medidas cautelares y advierte que su finalidad como “instrumentos provisionales” permiten conservar la materia del litigio y evitar daños graves e irreparables a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso. Y agregaríamos nosotros también la de garantizar la eficacia misma del proceso constitucional.

No debe perderse de vista, como veremos más adelante, que la tramitación de la suspensión del acto en controversia constitucional siempre se realiza en vía incidental (sea de oficio o a petición de parte), es decir, por cuerda separada, sin que en ningún caso se suspenda el procedimiento constitucional principal. De ahí su carácter *instrumental*, que corrobora la finalidad misma de la medida que se adopte, al servir al proceso principal y no sustituir la decisión sobre la pretensión que se debate en este último, a pesar de que en algunas ocasiones pudiera coincidir el contenido de la medida cautelar con la sentencia de fondo (al prejuzgar sobre la constitucionalidad del acto impugnado), ya que la primera se realiza no para resolver la litis constitucional sino para garantizar la eficacia del proceso y evitar daños irreparables.

¹⁴ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 40.

Este procedimiento incidental culmina con un auto del ministro instructor, donde decide sobre la suspensión del acto impugnado. La decisión cautelar tiene el atributo de ser *mutable*, en la medida en que puede ser modificado o revocado por el propio ministro instructor o como consecuencia del recurso de reclamación que resuelve la Sala o el Pleno de la Suprema Corte, conforme lo analizaremos más adelante, donde deriva el carácter de *flexibilidad* y de *variabilidad* de la resolución cautelar, que nuevamente lo alejan del carácter definitivo de la sentencia.

En definitiva, le decisión cautelar del ministro instructor en controversia constitucional se manifiesta a través de un *auto*, que si bien constituye una resolución, no puede equipararse a la sentencia, al ser esta última definitiva y la otra siempre tendrá carácter *provisional* por naturaleza, de tal suerte que la medida cautelar no posee carácter *autosatisfactiva* ni puede constituirse en un *proceso cautelar* en ningún caso.¹⁵

III

Una vez precisado que el incidente de suspensión del acto en controversia constitucional culmina con una resolución judicial en forma de auto, pasamos ahora a establecer sus *características generales*, que coinciden con las de cualquier medida cautelar al compartir su misma naturaleza y que de cierto modo resultan concomitantes.

a) *Instrumentalidad*. Esta característica constituye “la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares”, como lo dejó ver Calaman-

¹⁵ Las “medidas autosatisfactivas” y las “tutelas anticipadas” se encuentran actualmente reconocidas en varias legislaciones o en vía de jurisprudencia, si bien no contienen propiamente los atributos de las auténticas medidas cautelares, al tratarse de procesos rápidos o urgentes, donde se concede la pretensión de manera definitiva. En general, sobre estas tendencias modernas en Iberoamérica, véanse los interesantes trabajos contenidos en la obra Greif, Jaime, *Medidas cautelares*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000; especialmente respecto de las medidas autosatisfactivas véanse los ensayos de Jorge Peyrano, que fue quien introduce el término y le otorga importantes desarrollos: “La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil” y “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”, pp. 205-222 y pp. 267-282, respectivamente. Sobre todas estas medidas y procedimientos, véanse, Martínez Botos, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999; Arazi, Roland, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Astea, 1997, y Kielmanovich, Jorge L., *Medidas cautelares*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

drei desde aquel luminoso estudio de 1936, que marcó el futuro del estudio de la institución cautelar.¹⁶ A partir de entonces se ha venido estudiando las medidas cautelares con este carácter. Sin embargo, desarrollos posteriores en la doctrina procesal han cuestionado su instrumentalidad a la luz de nuevas instituciones, que pretenden ser englobadas en una concepción amplia denominada *justicia cautelar*. Estos nuevos desarrollos, como las “medidas autosatisfactivas”, “la prueba anticipada”, “la ejecución provisional”, conjuntamente con los denominados “procesos urgentes”, si bien tienen similitudes con las (auténticas) medidas cautelares, carecen de aquella característica fundamental de *instrumentalidad* advertida hace más de seis décadas por el discípulo de Chiovenda.

Tratándose de la suspensión del acto en controversia constitucional resulta clara su *instrumentalidad* o, si se prefiere, *subsidiariedad* en relación al proceso principal del cual depende. Implica la medida cautelar un “nexo necesario” con el proceso principal.¹⁷ Puede ocurrir que no exista decisión cautelar alguna durante el procedimiento constitucional, sea porque la suspensión no se haya pedido, o habiéndose solicitado no se otorgó o porque no se hubiese decretado de oficio. Y aún existiendo, su finalidad no puede identificarse con la del proceso constitucional, en tanto que su función consiste en conservar la materia del objeto de la litis y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad por la demora del procedimiento, es decir, constituye como lo advierte Calamandrei “instrumento del instrumento”. Esta *instrumentalidad cualificada* solo se explica en razón del proceso principal que pretende asegurar, ya que “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”.¹⁸

¹⁶ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 44. Su contemporáneo, Francesco Carnellutti, en un principio, consideró que las medidas cautelares constituían un proceso autónomo, de tal suerte que representaban un *tertium genus*, al lado de los procesos de cognición y de ejecución, criterio que con posterioridad cambiara para adherirse a la tesis de la instrumentalidad de las medidas cautelares; cfr. de este autor, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1989, t. 1, pp. 327 y 328.

¹⁷ Cfr. Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres), 2a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, 2002, p. 67.

¹⁸ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 44.

El hecho de que en ocasiones se anticipen los contenidos de la sentencia en la medida cautelar (al prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto), no significa que desaparezca su *carácter instrumental*, toda vez que siempre se otorga en función del proceso que pretende garantizar, sea para evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, sea para mantener viva la litis principal y lograr la eficacia del proceso como institución de interés público, siendo esta *funcionalidad* propia de las medidas cautelares, que se vincula con su segunda característica relativa a su autonomía.

b) *Autonomía*. Es común que se afirme que este rasgo de las medidas cautelares aparece por el procedimiento especial que se sigue, que en general se tramitan por vía incidental, es decir, en cuaderno separado al principal.

Sin embargo, la *autonomía* como rasgo característico de la suspensión del acto en controversia constitucional, no se constituye por el procedimiento seguido para la decisión cautelar, sino por su *funcionalidad*, esto es, por su “autonomía funcional” como institución procesal. La finalidad de la suspensión en controversia constitucional, como lo ha definido la jurisprudencia de la Suprema Corte, consiste en permitir conservar la materia del litigio, de tal suerte que se asegure provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate para que la sentencia que se dicte eventualmente declare el derecho del actor y pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, y por otra parte, su finalidad consiste en evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso constitucional.¹⁹

De esta manera su objeto es común al de las medidas o providencias cautelares en general, que difieren del objeto del proceso principal y que nunca pueden coincidir en su objetivo debido al carácter instrumental en los términos precisados y en su rasgo de provisionalidad que ahora pasamos a su análisis.

c) *Provisionalidad*. Al otorgarse la suspensión del acto impugnado en controversia constitucional, sus efectos siempre resultan *temporales*, es decir, limitados en el tiempo. Lo son por la finalidad misma de su naturaleza que no pretenden resolver sobre la pretensión planteada, por lo que

¹⁹ Cfr. la tesis aislada L/2005 de la Primera Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS” (*SJFG*, t. XXI, junio de 2005, p. 649).

no recaen sus efectos en la relación jurídica principal y, por lo tanto, carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada.²⁰

Esta característica se deriva del artículo 16 de la LR105 que establece que “podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva”, ya que por su propia naturaleza la decisión cautelar no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva. Aquí conviene distinguir entre el “momento de solicitud” de la medida o “del momento de otorgamiento de oficio” que en todo caso tiene que ser antes del dictado de la sentencia, de aquel otro “momento en que los efectos de la suspensión del acto dejan de producirse”. Lo anterior lo consideramos importante, ya que en términos del artículo 45 de la LR105 la sentencia definitiva produce sus efectos a partir de la fecha que la propia Suprema Corte determine, razón por la cual creemos que la eficacia de la medida cautelar debe prolongarse en el tiempo hasta que entren en vigor los efectos del fallo definitivo. De lo contrario, podrían causarse daños irreversibles a las partes (en algunas ocasiones incluso por mala fe) en el lapso que medie entre la emisión de la sentencia y la fecha en que se produzcan sus efectos.

El carácter provisional de la suspensión del acto implica, por consiguiente, su condición de *resolución provisional*, que está por esencia condenada a desaparecer. Se agota la medida cautelar por naturaleza, sea por terminación del proceso en cualquiera de sus formas o incluso por revocación o modificación de la medida cautelar debido al carácter siempre *flexible* que tienen, que define su última característica.

d) *Mutabilidad*. Mientras que las tres características anteriores, *instrumentalidad*, *autonomía* y *provisionalidad* constituyen características que siempre están presentes en la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional, la *mutabilidad* representa un atributo de la decisión cautelar referida a su *variabilidad*, por lo que en ocasiones no se da este

²⁰ Estamos conscientes de que no es pacífico en la doctrina si la decisión en una medida cautelar adquiere la calidad de cosa juzgada. Algunos consideran incluso que se trata de una *cosa juzgada provisional*, que también se distingue de la *cosa juzgada asegurativa* y de la *cosa juzgada anticipatoria* como lo hace ver el procesalista argentino Adolfo Rivas, si bien matiza cuando se refiere al amparo; *cfr.* su trabajo “La satisfacción anticipada de la pretensión”, en Greif, Jaime (coord.), *Medidas cautelares, op. cit., supra* nota 15, pp. 223-265. Nosotros nos inclinamos por considerar que la cosa juzgada solo resulta de la sentencia definitiva y no de las medidas cautelares que por naturaleza son temporales y flexibles.

supuesto. Esta característica no debe confundirse con la *provisionalidad*, que atiende a su carácter no definitiva de la medida; en cambio, la *mutabilidad* se refiere al carácter flexible, sea por decisión del propio ministro instructor al cambiar ciertas circunstancias fácticas que las motivaron (hecho nuevo o superveniente) o bien por ser impugnables ante el pleno o las salas de la Suprema Corte (de conformidad con los acuerdos plenarios 5/2001 y 3/2008, como precisaremos más adelante).

IV

Ahora pasamos al análisis de las atribuciones del *ministro instructor* en materia de la suspensión en controversias constitucionales, que se inscriben dentro de los amplísimos poderes de decisión que tiene a lo largo del procedimiento constitucional.

Una primera aproximación a la importancia de la figura del ministro instructor en los procesos de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, se advierte si se tiene en consideración que es mencionado en treinta y seis ocasiones en 24 diversos preceptos de la LR105 (casi en un tercio del total de los artículos que la integran). En materia de controversias, específicamente se le otorgan *facultades trascendentales de decisión*: admitir o desechar de plano la demanda; prevenir a los promoventes para que subsanen las irregularidades; emplazar a la parte demandada y dar vista a las demás partes; señalar fecha y celebrar la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, pudiendo desechar de plano las que no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia definitiva; designar al perito o peritos que estime conveniente; decretar pruebas para mejor proveer; requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto; resolver sobre los diversos incidentes nominados e innominados, y elaborar el proyecto de resolución para someterlo al tribunal pleno, entre otras. Dentro de estas amplísimas facultades, se encuentran también las relativas a *otorgar, negar, modificar o revocar la suspensión del acto impugnado*.

Todas estas facultades no se encuentran en disposición constitucional alguna. El artículo 105 constitucional que regula en su fracción I a las controversias constitucionales remite a la ley reglamentaria, cuestión que estimamos correcta, contrariamente a lo que sucede en el juicio de ampa-

ro, que existe una sobre regulación en el artículo 107, en sus XII fracciones vigentes, que bien varias de sus reglas pudieron haberse reservado en la Ley de Amparo.

Si bien pudiera pensarse que tiene aplicabilidad en materia de controversias lo dispuesto en la fracción X del artículo 107 constitucional, que regula la suspensión en materia de amparo, no es así, ya que se trata de un diverso proceso constitucional y no existe remisión alguna a este dispositivo constitucional, ni referencia similar en la LR105.²¹ Cuestión distinta es la utilidad de la jurisprudencia que se ha venido creando de la institución de la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, que resulta rica y abundante; lo anterior con el riesgo evidente de trasladar sin más aquella doctrina específica en amparo, sin meditar sobre las características propias de este diverso proceso constitucional.

Esto último resulta importante, ya que el primer párrafo de la fracción X del citado precepto establece provisiones que el juez constitucional debe considerar para el otorgamiento de la suspensión del acto, a saber: “...*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*”. Si bien estos elementos pueden considerarse en el incidente de suspensión en controversia constitucional, creemos que no es por aplicación del artículo 107 constitucional, que no le resulta aplicable, sino más bien por ser coincidentes con los parámetros de las medidas cautelares en general, con las particularidades propias que se derivan de la LR105 y de la jurisprudencial constitucional.

La regulación de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista de manera precisa en la LR105, en los artículos 14 a 18, que integran la sección segunda: *De la suspensión*, del Capítulo segundo relativo a *Los incidentes*; mientras que el artículo 12 se refiere a la oportunidad en la resolución del incidente de suspensión, que deberá realizarse con anterioridad del dictado de la sentencia definitiva; mientras que el artículo 35 complementa la posibilidad de que el ministro instructor pueda decretar pruebas para mejor proveer y requerir a las partes informes o aclaraciones necesarios para resolver sobre la suspensión (por remisión

²¹ Véase la tesis CXVII/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es: “SUSPENSIÓN. ES INAPLICABLE LO PRECEPTUADO EN LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 107 DE LA CARTA MAGNA, TRATÁNDOSE DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES” (*SJFG*, t. XII, septiembre de 2000, p. 588).

del primer párrafo del artículo 14 de la misma ley, que señala la aplicabilidad del referido artículo 35); posibilidad que se considera una facultad que puede utilizar el ministro instructor para resolver sobre la suspensión, sin que implique una obligación.²² Asimismo, debe tenerse en consideración los artículos 51, fracción IV, y 55, fracción I, de la LR105, relativos a los recursos de reclamación y queja, en aspectos relacionados con la suspensión. En estos preceptos queda regulada la materia suspensiva en controversia constitucional, sin que sea necesario recurrir al Código Federal de Procedimientos Civiles de manera supletoria.²³

Sin embargo, no debe perderse de vista que la suspensión del acto en controversia constitucional es parte del *debido proceso* regulado en el artículo 14,²⁴ en relación con el 17 constitucional;²⁵ de tal suerte que el ministro instructor debe tener presente siempre que se cumpla con este derecho fundamental de carácter instrumental, ya que cualquier medida cautelar constituye, como ha señalado Calamandrei, el “instrumento del instrumento” en cuanto a la finalidad última de la función jurisdiccio-

²² Cfr. la tesis 15/97, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. EL MINISTRO INSTRUCTOR TIENE FACULTAD, PERO NO OBLIGACIÓN, DE RECABAR PRUEBAS, PREVIAMENTE A LA DECISIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN” (SJFG, t. V, febrero de 1997, p. 509). En sentido contrario, Castro y Castro considera que al no preverse en la LR105 la substanciación del incidente de suspensión, debe acudirse, en términos del artículo 1o. de la misma ley reglamentaria, a los artículos 358 a 364 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señalan la tramitación de los incidentes que no tengan precisada una tramitación especial. Cfr. Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, op. cit., supra nota 8, p. 210.

²³ Cfr. la tesis jurisprudencial 14/97 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. INTERÉS JURÍDICO EN MATERIA SUSPENSIVA, NO ES SUPLETORIO EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES” (SJFG, t. V, febrero de 1997, p. 579).

²⁴ Sobre los alcances de este precepto, véase Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

²⁵ Incluso se ha considerado como fundamento constitucional de las medidas cautelares en general, el contenido del artículo 17 constitucional al señalar, en la parte conducente, que “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”. Cfr. González Chávez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, op. cit., supra nota 7, pp. 158-160.

nal.²⁶ Así lo deja ver García de Enterría en otra clásica obra, si bien en materia contencioso-administrativa, al señalar que el tribunal constitucional español ha proclamado “que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar” y que concretamente ha definido el contenido de ese derecho “como todo lo que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no sólo suspensiones de actos administrativos”.²⁷ De ahí que el ministro instructor deba cuidar el equilibrio entre las partes al otorgar la medida cautelar, lo que no significa que deba siempre otorgarse *audiatur et altera pars* como veremos más adelante.

Dependiendo de las finalidades de cada medida cautelar existen diversos procedimientos de cognición.²⁸ En el procedimiento cautelar en materia de amparo se advierte con claridad, teniendo en cuenta la precisión que Fix-Zamudio advierte dependiendo de la vía indirecta (ante juez de Distrito) o directa (ante un tribunal colegiado de circuito).²⁹

Por una parte existe la *suspensión de oficio*, que se otorga de plano, sin una substanciación especial y sin audiencia de las partes, por lo que

²⁶ Así, por ejemplo, lo ha considerado el Tribunal Constitucional español, al considerar las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva. En general, sobre las medidas cautelares en España, véase Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000; en cuanto a los procesos constitucionales, véanse Cifuentes, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 1993; Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; García de Enterría, Eduardo, *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, y Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La suspensión cautelar en el recurso de amparo. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

²⁷ García de Enterría, Eduardo, *Las batallas por las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 15. En varios tribunales constitucionales se ha venido aceptando a las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva.

²⁸ Sobre estos procedimientos de cognición de las medidas cautelares atendiendo a sus especiales finalidades asegurativas, véase Calamandrei, Piero, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 79-84.

²⁹ Esta precisión resulta importante para comprender los dos sectores en que opera la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que dependiendo de su tramitación en la vía indirecta o directa, existen reglas precisas sobre la suspensión de oficio y de instancia de parte. *Cfr.* las clásicas obras de Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 720-818; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 59-65, y Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

no se requiere abrir un cuaderno paralelo al principal; generalmente se concede en el mismo auto de admisión de la demanda (aunque puede ser con posterioridad). En cambio, en la *suspensión a petición de parte*, necesariamente existe una substanciación en vía incidental, con audiencia de partes y que por regla general consta de dos fases: una primera cognición sumarísima (sin audiencia de partes) donde se resuelve sobre la *suspensión provisional* como *decisión interina* en el procedimiento cautelar debido a la necesidad de urgencia de la medida; y otra fase posterior de cognición ordinaria, con plena audiencia de las partes y donde rige el principio de contradicción, a manera de etapa de convalidación de aquella primera medida, para resolver sobre la *suspensión definitiva*.

En realidad las suspensiones “provisional” y “definitiva” son ambas *provisionales* en cuanto a que las dos duran hasta que acontece un hecho o acto que las agota. Aquí cobra relevancia la advertencia de Calamandrei, sobre este aparente juego de palabras, dado que

el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; *provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado.³⁰

Además de esta provisoriedad tanto de la suspensión denominada “provisional” como la “definitiva”, tienen ambas la característica de la *mutabilidad*, ya que pueden ser impugnadas a través de los recursos de revisión y queja (artículos 95, fracción XI y 83, fracción II, de la Ley de Amparo).

Ahora bien, ¿cuáles son los tipos de suspensión que pueden existir en las controversias constitucionales? El ministro instructor podrá otorgar la suspensión del acto (i) *de oficio*; o (ii) a *petición de parte*, conforme lo establece el artículo 14 de la LR105. Sin embargo, no existe claridad en el procedimiento a seguir para ambos tipos de suspensión, a diferencia de lo que ocurre en materia de amparo que su regulación es precisa.

³⁰ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 36.

Esto ha motivado ciertas dudas de la doctrina. El hoy ministro jubilado de la Suprema Corte, Juventino Castro y Castro, ha considerado que en realidad no existe *la suspensión de oficio* en la controversia constitucional. Considera que este tipo de suspensión que se da en materia de amparo, en ciertos casos “precede al juicio principal que *probablemente* se abrirá, pero que también no se asegura que existirá. Así esta suspensión es *autónoma*; es decir es una cautela emergente que tiene vida por sí misma. El procedimiento que se instaura *no es un incidente*. Todo esto que demuestra una autonomía de la providencia cautelar, puede ocurrir en el juicio de amparo. No es ese el caso de las controversias constitucionales. En estos procedimientos *no hay suspensión de oficio*; por lo tanto, en ellas no cabe pensar en una suspensión autónoma del principal. *En todo momento es un incidente*. Así lo dice el artículo 16 de la Ley: “La suspensión se tramitará por vía incidental y *podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva*”.³¹

Pareciera que existe una confusión de lo que debemos entender por *autonomía*, que como hemos visto constituye una característica de la suspensión en controversia constitucional que es común a cualquier medida cautelar; son autónomas, no por el procedimiento por el cual se ventilan (que en general se tramitan por vía incidental), sino por su finalidad como institución procesal, es decir, por tratarse de una institución que persigue en sí misma un objeto distinto al juicio principal. En este sentido, la autonomía es vista desde su *funcionalidad*, como medio que garantiza la eficacia del proceso.

Por lo anterior estimamos que la *suspensión de oficio* en el juicio de amparo no deja de ser una medida cautelar de naturaleza instrumental al juicio principal, por el simple hecho de no tramitarse en vía incidental, toda vez que en ningún caso adquiere la suspensión independencia del juicio principal. Tan es así, que no podría otorgarse la suspensión de oficio sin que se presente una demanda de amparo debido al principio de instancia de parte agraviada, de conformidad con la fracción I del artículo 107 constitucional, ni tiene una definitividad la decisión cautelar al estar supeditada su temporalidad a la duración del proceso principal, inclusive a la admisión de la demanda en los supuestos en que se hubiera otorgado la medida cautelar previamente.

³¹ Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional, op. cit., supra nota* 8, pp. 205 y 206.

La procedencia *de oficio* de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista expresamente en el artículo 14 de la LR105. Su tramitación difiere a la que se prevé en materia de amparo que debe otorgarse de plano. En la controversia constitucional, en cambio, siempre tendrá que ser en vía incidental en términos del artículo 16 de la LR105 como bien lo señala Castro y Castro; y además teniendo en consideración que la regulación específica “De la suspensión” constituye una sección especial del Capítulo II: “De los incidentes”, de donde se infiere que la suspensión, sea de oficio o a petición de parte, deberá tramitarse vía incidental, sin que ello sea obstáculo para que bajo esta forma se otorgue la suspensión de oficio.

¿Qué sucedería si las partes no solicitan la suspensión y el ministro instructor advierte que debe otorgarse al considerar afectación al interés público con inminente daño a la sociedad? Si la propia ley permite que “el ministro instructor, *de oficio* o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto”, no advertimos obstáculo alguno que pueda el ministro otorgarla en vía incidental, ya que el citado artículo 16 claramente señala que “la suspensión se tramitará por vía incidental”, debiendo tenerse en cuenta para concederla “los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor” (artículo 14 de la LR105) y atendiendo además la regla general prevista en el artículo 18 de la LR105, relativa a que “deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional”.³²

No creemos que el citado artículo 16 se refiere exclusivamente a la suspensión a petición de parte, ya que la primera parte de dicho precepto es categórica al señalar que “la suspensión” (sin distinguir si es de oficio o a petición de parte) “se tramitará por vía incidental”, lo cual se corrobora además con el artículo 12 de la misma ley, donde le otorga el carácter de incidente a la suspensión, cuestión lógica si se advierte que precisamente la suspensión del acto se encuentra regulado dentro del capítulo “De los incidentes”.

Pudiera pensarse que si en el amparo la suspensión de oficio se otorga de plano, implica una mayor celeridad en la decisión cautelar. Lo anterior no es del todo exacto, ya que si bien este tipo de suspensión en controversia constitucional debe tramitarse por la vía incidental, es decir, de-

³² Los ministros instructores han otorgado la suspensión de oficio en el incidente correspondiente, por ejemplo, en la controversia 8/2001.

be abrirse un cuaderno por separado, nada impide que el ministro instructor decida sobre la medida de inmediato en el incidente respectivo (que incluso no vemos inconveniente, si bien no es lo ortodoxo, que sea antes de admitirse la demanda si así se amerita como sucede en amparo), en casos extremos de notoria urgencia; de lo contrario, la dilación podría ocasionar daños irreparables a la sociedad, mermando en todo o en parte la eficacia del proceso constitucional.

La urgencia de la medida implica, por lo tanto, que sea *inaudita altera parte*, sin que ello represente violación al debido proceso, ya que no debe perderse de vista que el *principio de audiencia* se respetaría en una fase posterior, dado el carácter *flexible* de la medida adoptada, al poder ser modificada o revocada por el propio ministro instructor (por hechos supervenientes o nuevos que lo fundamenten) o a través del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 51, fracción IV, de la LR105, que pudiera conducir a revocar o modificar la medida. Además, como hemos visto, la medida siempre resulta *provisional*, por lo que en ningún caso puede *resultar irreversible*, puesto que ello constituiría una situación jurídica inmodificable lo que iría en contra de la finalidad de la suspensión.

No creemos, por consiguiente, que la segunda parte del artículo 14 de la ley reglamentaria, relativo a que la suspensión “se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable”, necesariamente conduzcan a una cognición amplia en el procedimiento incidental. Por una parte, en cuanto al segundo supuesto, la propia Suprema Corte ha entendido que el ministro instructor no tiene *obligación* de recabar pruebas de las partes previamente a determinar sobre la medida suspensiva, “sino que representa una *facultad* para hacerlo, que no tiene que ejercitar cuando, a su juicio, cuenta con los elementos necesarios para proveer lo relativo al respecto”.³³ Y en cuanto a la primera parte del precepto, dada la urgencia de la medida que debe adoptarse, debe resolverse conforme los elementos que hasta ese momento hubieran sido proporcionados, incluso en la propia demanda o, en su caso, en la contestación de la misma,³⁴ de tal suerte que opere el principio

³³ Cfr. la tesis jurisprudencial 15/97 del Tribunal Pleno, *op. cit.*, *supra* nota 22.

³⁴ Cabe precisar que en el incidente de suspensión puede obrar copia certificada de la totalidad de las constancias que integran el expediente principal.

de celeridad atendiendo la urgencia del caso dada las características particulares de la controversia constitucional en trámite.

Así, cuando el ministro instructor conceda *la suspensión de oficio*, debe ser en vía incidental, lo cual difiere a lo previsto en materia de amparo, que se otorga de plano sin abrir incidente alguno. Cuestión distinta es que la LR105 no establezca los supuestos en que debe proceder, como se prevé en amparo en el que se otorga de oficio cuando importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, o cuando se trata de algún otro acto que de consumarse, sería irreparable; o cuando se trata de los núcleos de población ejidal o comunal (artículos 124 y 233 de la Ley de Amparo).

En el caso de la controversia constitucional, el otorgamiento de *la suspensión de oficio* debe motivarse en la decisión cautelar correspondiente y si bien no existen los supuestos específicos en que debe operar, creemos que siempre debe gravitar para su otorgamiento algún elemento que implique la urgencia de la medida para evitar daños irreparables y garantizar la eficacia del proceso, de tal suerte que de no otorgarse se afectaría de alguna manera el interés de la sociedad; en este sentido podrían utilizarse los supuestos previstos en el artículo 15 de la LR105, que si bien son hipótesis para negar la suspensión, operarían a la inversa para otorgar la suspensión de oficio.³⁵

La *suspensión a petición de parte* también debe tramitarse por la vía incidental y puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva. Dado que la ley guarda silencio respecto de la substanciación del incidente, resulta interesante establecer si debe aplicarse la regla general de tramitación de los incidentes nominados de especial pronunciamiento,³⁶ a que se refiere el tercer párrafo del artículo 13

³⁵ Así sucedió en la controversia constitucional 8/2001, promovida por el Ejecutivo Federal en contra del decreto por el que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal determinó que se conservara en esa entidad el *huso horario* vigente. En este caso se concedió la “suspensión de oficio” en el incidente respectivo, al considerar el ministro instructor que de no otorgarse dicha medida se afectaría la vida de los habitantes de dicha entidad federativa con repercusiones nacionales e internacionales poniendo en peligro “la seguridad y economía de la sociedad”, elemento este último que aparece entre las hipótesis del artículo 15 de la LR105 como prohibición para negar la suspensión.

³⁶ El artículo 12 de la LR105 se refiere a tres incidentes de especial pronunciamiento, a saber, nulidad de notificaciones, de reposición de autos y el de falsedad de docu-

de la LR105, que señala: “Los incidentes se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda”.³⁷

Esta “audiencia incidental” está regida por el principio de contradicción, donde se prevé la audiencia de las partes y existe concentración procesal. Sin embargo, este procedimiento no es aplicable para la suspensión del acto, toda vez que existe una sección especial que regula el incidente de suspensión, por lo que no necesariamente debe seguirse *audiatur et altera pars*, en los términos antes señalados. De esta manera, al igual que en la suspensión de oficio, creemos que no existe obstáculo alguno para que el ministro instructor *pueda resolver de manera inmediata*, si cuenta con los elementos suficientes para ello (proporcionados por las partes) y *dadas las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional* sobre la que se esté resolviendo, en términos del artículo 18 de la LR105. En caso de que no cuente con estos elementos que le otorguen convicción para resolver sobre la suspensión, puede discrecionalmente decretar pruebas para mejor proveer o requerir a las partes que proporcione las aclaraciones e informes necesarios para poder decidir (artículo 35 en relación al 14, de la LR105).

También conviene precisar, que en la suspensión a petición de parte en controversia constitucional no se prevé, como sucede en amparo, una posible doble etapa sucesiva regulada en ley: *la suspensión provisional* (si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorio perjuicios para el quejoso), que se otorga con vigencia *interina* hasta en tanto se realiza una convalidación a través de la *suspensión definitiva*, con una cognición con plena audiencia de las partes, en los términos ya precisados. Situación que no opera en la controversia constitucional como de manera correcta recientemente lo ha entendido el Pleno de la Suprema Corte.³⁸

mentos, precisando que cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción al de suspensión, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

³⁷ Esta “audiencia incidental”, no debe confundirse con la diversa “audiencia” del proceso principal, relativa al ofrecimiento y desahogo de pruebas a que se refiere el artículo 29 de la LR105, ya que tienen ambas finalidades diversas.

³⁸ Todavía no se redacta el criterio sistematizado al momento de escribir estas líneas. Este criterio puede verse en el recurso de reclamación 30/2008-CA, derivado de la controversia constitucional 86/2007 y su incidente de suspensión, resuelto el 19 de mayo de 2008, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz. Resulta interesante el con-

V

En cuanto al *resultado* de la decisión cautelar, el ministro instructor puede *conceder* o *negar* la suspensión del acto.

Se puede *conceder* la suspensión del acto parcial o totalmente, así como de sus efectos y consecuencias,³⁹ en cualquier momento durante el procedimiento principal, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva. A diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, donde existen principios constitucionales (artículo 107, fracción X) y reglas aplicables en la materia (artículos 123 y 124), no se establecen en las controversias constitucionales presupuestos para otorgar la suspensión. La LR105 sólo señala que se concederá “con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor” (artículos 14 y 35, de la LR105) y debiendo tener en cuenta “las circunstancias y características particulares de la controversia” (artículo 18 LR105).

Pareciera que el legislador le ha otorgado al ministro instructor amplios poderes discrecionales, por lo que en esta materia debería reforzarse la motivación de su decisión. Es la jurisprudencia de la Suprema Corte la que ha venido estableciendo ciertos parámetros y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la suspensión y determinar lo que es propia-

siderando quinto, que en la parte conducente señala: “De acuerdo con el capítulo II, “De los incidentes”, sección I, “De los incidentes en general”, “De la suspensión”, artículos 14 a 18, de la Ley Reglamentaria de la materia, la modalidad de la suspensión en la controversia constitucional es única, se resuelve sobre ella otorgando de manera definitiva—con posibilidad de modificación o revocación, según el contenido del numeral 17 del ordenamiento en cita— es decir, el Ministro instructor no tiene posibilidad de otorgar la suspensión de manera temporal o previa, lo que es propio de otros medios de control, como lo es el juicio de amparo. En esas circunstancias, la denominación utilizada en el auto recurrido no es correcta, pues la Ley Reglamentaria de la materia no contempla la figura de la suspensión provisional, por lo que es oportuno precisar que tampoco es procedente conceder en una controversia constitucional la medida cautelar con los alcances o méritos propios de la suspensión provisional que contemplan otros ordenamientos jurídicos” (p. 30 de la resolución).

³⁹ Cfr. las tesis I/2003 y LI/2005, de la Segunda y Primera Sala, respectivamente, cuyos rubros son “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL MINISTRO INSTRUCTOR TIENE FACULTADES PARA DECRETARLA NO SÓLO RESPECTO DEL ACTO CUYA INVALIDEZ SE DEMANDE, SINO TAMBIÉN RESPECTO DE SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS” (*SJFG*, t. XVII, febrero de 2003, p. 762), y “Suspensión en controversia en contra del procedimiento de juicio político. No procede el otorgamiento de ésta, tratándose de la sustanciación de dicho procedimiento, pero sí respecto de sus efectos y consecuencias” (*SJFG*, t. XXI, junio de 2005, p. 648).

mente materia de la misma.⁴⁰ Debe destacarse que la suspensión en controversia constitucional (como así se ha reconocido desde hace tiempo por la mejor doctrina en amparo), “es una especie del género de las medidas cautelares”, de tal suerte que, en principio, “le son aplicables las reglas generales de tales medidas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido que operan los siguientes presupuestos: (i) la apariencia del buen derecho, y (ii) el peligro en la demora;⁴¹ a lo cual habría que agregar (iii) la adecuación de la medida, como veremos en su oportunidad.

2) El ministro instructor puede negar la suspensión del acto cuando se trate de una *situación jurídica no cautelable*, es decir, cuando se impugnen determinados actos que por su propia naturaleza o por sus efectos no son susceptibles de suspensión; o bien en los supuestos prohibidos por ley.

a) Como se ha precisado desde el inicio de estas líneas, la suspensión en controversia constitucional no procede cuando se impugnen *normas de carácter general*, que alcanza también a los artículos transitorios por interpretación del artículo 14, segundo párrafo, de la LR105.⁴² En este supuesto, basta con analizar la naturaleza material de la impugnación para determinar si estamos en presencia de una *norma general*, de tal suerte que constituya una *situación jurídica no cautelable* atendiendo a la naturaleza propia de la impugnación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido precisando lo que debemos entender por normas generales.⁴³ En general son aquellas que mate-

⁴⁰ Así, por ejemplo, ha se ha determinado que la legitimación no puede estudiarse en el incidente de suspensión. *Cfr.* la tesis LXXXVI/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO ES MATERIA DE ANÁLISIS LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA DEL PROMOVENTE (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 165).

⁴¹ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 109/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE HACER UNA APRECIACIÓN ANTICIPADA DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO (aparición del buen derecho y peligro en la demora)” (*SJFG*, t. XX, octubre de 2004, p. 1849).

⁴² *Cfr.* la tesis XXXI/2005, de la Segunda Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA PROHIBICIÓN DE OTORGARLA RESPECTO DE NORMAS GENERALES INCLUYE LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS Y SUS EFECTOS” (*SJFG*, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

⁴³ Dentro de esta concepción se comprenden a los tratados internacionales, las leyes nacionales, federales y locales, las constituciones de las entidades federativas, los regla-

rialmente tengan los atributos de “generalidad, impersonalidad y abstracción”, sin que sea necesario que formalmente emanen de un órgano legislativo. De tal suerte que en cada caso se tendrá que analizar la *naturaleza de la impugnación* con independencia del *nomen iuris* que formalmente reciba, debiendo el juez constitucional, por consiguiente, atender a su *contenido material*.⁴⁴

Así sucede con los reglamentos federales y locales que constituyen normas generales a pesar de que formalmente no provengan de un órgano legislativo;⁴⁵ o incluso con ciertos *decretos* que si bien formalmente se emiten con base en la fracción I, del artículo 89 constitucional, materialmente reúnen las características aludidas de los reglamentos, como sucedió en la controversia constitucional 5/2001, respecto del decreto emitido por el ejecutivo federal para establecer los husos horarios en el país, toda vez que dicho decreto no se limitó “a establecer una norma individual sobre una especie particular de la administración pública, como es propio del decreto administrativo, sino que refiriéndose a la aplicación de los husos horarios que corresponden a la República, establece *normas generales* para el inicio y la terminación del “horario de verano”.⁴⁶ Lo mismo sucede con determinados acuerdos emitidos por el jefe de gobierno del Distrito Federal, que si bien formalmente son actos administrati-

mentos federales y locales, así como ciertos decretos o acuerdos que tengan los atributos de ser abstractos, generales e impersonales.

⁴⁴ Para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia ha distinguido las diferencias entre la ley y el acto administrativo. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley; *cfr.* la tesis jurisprudencial 23/99, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA DETERMINAR SU PROCEDENCIA EN CONTRA DE LA LEY O DECRETO, NO BASTA CON ATENDER LA DESIGNACIÓN QUE SE LE HAYA DADO AL MOMENTO DE SU CREACIÓN, SINO A SU CONTENIDO MATERIAL QUE LO DEFINA COMO NORMA DE CARÁCTER GENERAL (SJFG, t. IX, abril de 1999, p. 256).

⁴⁵ *Cfr.* la tesis aislada CXVI/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES IMPROCEDENTE TRATÁNDOSE DE REGLAMENTOS (SJFG, t. XII, septiembre de 2000, p. 588)

⁴⁶ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 102/2001 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “HORARIO DE VERANO. EL DECRETO PRESIDENCIAL QUE LO ESTABLECIÓ, DEL TREINTA DE ENERO DE DOS MIL UNO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL PRIMERO DE FEBRERL DEL MISMO AÑO, ES UN REGLAMENTO DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL” (SJFG, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1023).

vos en razón del órgano del que emanan, materialmente pueden constituir normas de carácter general.⁴⁷

El ministro instructor (o en su caso la Sala o el Pleno) deben, en todo caso, atender a la naturaleza del acto combatido a la luz de los atributos de la generalidad, abstracción e impersonalidad que poseen las normas generales (que incluyen también los artículos transitorios y sus efectos),⁴⁸ características que en ocasiones no son tan claras.⁴⁹

Asimismo, tampoco son susceptibles de suspensión aquellos actos cuyos efectos no lo permiten, como sucede con los actos consumados, toda vez que, como sucede en el amparo, “equivaldría a darle a la medida cautelar efectos restitutorios que ni siquiera son propios de la sentencia de fondo, ya que por disposición expresa del artículo 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (disposición que se reproduce en el numeral 45, segundo párrafo, de la ley reglamentaria del precepto constitucional citado), la declaración de invalidez de las sentencias no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. Por tanto, si la sentencia de fondo que se dicte en ese juicio constitucional no tiene efectos retroactivos, menos podría tenerlos la resolución que se pronuncie en el incidente cautelar, máxime que el objeto de éste es impedir la realización de ciertos actos, lo que lógicamente sólo puede evitarse cuando no se han materializado”.⁵⁰

⁴⁷ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 41/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES IMPROCEDENTE DECRETARLA CUANDO SE IMPUGNE UN ACUERDO EXPEDIDO POR EL JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, QUE REUNA LAS CARACTERÍSTICAS DE GENERALIDAD, ABSTRACCIÓN Y OBLIGATORIEDAD PROPIAS DE UNA NORMA DE CARÁCTER GENERAL” (*SJFG*, t. XVI, octubre de 2002, p. 997)

⁴⁸ *Cfr.* la tesis XXXII/2005 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA PROHIBICIÓN DE OTORGARLA RESPECTO DE NORMAS GENERALES INCLUYE LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS Y SUS EFECTOS” (*SJFG*, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

⁴⁹ Así sucedió en el recurso de reclamación 371/2004, respecto de la controversia constitucional relativa al veto al presupuesto de egresos de la Federación. Un análisis detallado de este asunto, así como del análisis de la naturaleza del acto reclamado para otorgar la suspensión, puede consultarse en la obra de Góngora Pimentel, Genaro, *El veto al presupuesto de egresos de la Federación*, México, Porrúa, 2005.

⁵⁰ *Cfr.* la tesis LXVII/2000 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO PROCEDE EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN EN CONTRA DE ACTOS CONSUMADOS” (*SJFG*, t. XII, julio de 2000, p. 573).

b) La propia ley establece prohibiciones que atienden a los efectos derivados de la suspensión, que debe también tener en consideración el ministro instructor para negar la suspensión. Estas *situaciones jurídicas no cautelables*, se encuentran previstas en el artículo 15 de la LR105, a saber: (i) se ponga en peligro la seguridad o economía nacionales; (ii) se ponga en peligro las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, y (iii) pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtenerse el solicitante.

Las prohibiciones ahí establecidas obligan al ministro instructor a negar la suspensión solicitada, con independencia de los “fines loables y de buena fe” que se persiguieran con la suspensión.⁵¹ Al representar conceptos abiertos, se otorga una discrecionalidad interpretativa al juez constitucional, lo que ha dado lugar a que se fueran estableciendo sus connotaciones vía jurisprudencial. Así, en cuanto al primer supuesto, se ha considerado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte que por *economía nacional*, “se identifica con la organización de las actividades económicas establecidas por el Estado mexicano conforme a los lineamientos de la Ley Fundamental en beneficio de todos sus gobernados, que es el fin último del Estado”. En este sentido, la prohibición sólo operará “en caso de concederse dicha suspensión, se lesionaran *intereses de la sociedad en general* y no en forma particularizada de un determinado número de sus miembros”.⁵²

Un sector de la doctrina ha señalado un cierto grado de prelación de los intereses federales en detrimento a los locales, al establecerse esta prohibición para otorgar la suspensión cuando “se ponga en peligro la seguridad o economía nacional”, lo cual no es acorde a la naturaleza que hoy tienen las controversias constitucionales.⁵³

⁵¹ Cfr. la tesis LXXXVII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. DEBE NEGARSE CUANDO SE ACTUALICE UNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AUNQUE SE ALEGUE VIOLACIÓN A LA SOBERANÍA DE UN ESTADO” (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 164).

⁵² Cfr. la tesis jurisprudencial 45/99 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CONCEPTO DE “ECONOMÍA NACIONAL” PARA EFECTOS DE SU OTORGAMIENTO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I y II del ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL)” (*SJFG*, t. IX, junio de 1999, p. 660).

⁵³ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1999, p. 840 y ss.; Pérez Fernández Ceja, Ydalia, *La suspensión en la controversia constitucional*, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 69-71.

En cuanto al segundo supuesto, se ha entendido que por *instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano*, se entienden aquellos que derivan de los principios básicos de la Constitución federal, que tienen objeto construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones constitucionales; de tal suerte que otorgan estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, al regir su vida política, social y económica. Así se han considerado, en forma enunciativa, los principios del régimen federal, de división de poderes, del sistema representativo y democrático de gobierno, de separación Iglesia-Estado, de las garantías individuales, del sistema de justicia constitucional, del dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, así como el de rectoría económica del Estado.⁵⁴

Por lo que hace al tercer supuesto de prohibición de la medida cautelar, el juez constitucional deberá ponderar en cada caso particular si la afectación grave de la sociedad es de tal importancia que resulte “en una proporción mayor a los beneficios” que con la suspensión pudiera obtener el solicitante de la medida. Así, por ejemplo, el Pleno ha considerado que estamos en este supuesto cuando de concederse la suspensión, se afecte la facultad del ministerio público federal prevista en los artículos 21 y 102 constitucionales, relativas a la persecución de los delitos y la vigilancia para que los procesos penales se sigan con regularidad; de tal suerte que en este supuesto de prohibición se encuentran cuando la suspensión se pide contra actos como la continuación y trámite de las averiguaciones previas, ya que “lesionaría la seguridad social de perseguir los delitos, afectando el interés público de la colectividad que le ha encomendado de manera exclusiva esa función impersonal de investigar y comprobar la verdad de las conductas delictivas, lo que afecta gravemen-

⁵⁴ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 21/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN LOS JUICIOS REGIDOS POR LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. “INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO SUPERIOR MEXICANO” PARA EFECTOS DE SU OTORGAMIENTO” (*SJFG*, t. XV, abril de 2002, p. 950). Asimismo, véase la tesis XIV de la Primera Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, CONCEPTO DE INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO PARA LOS EFECTOS DEL INCIDENTE DE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LA MATERIA)” (*SJFG*, t. XII, octubre de 2000, p. 1091).

te a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante”.⁵⁵

Con base en estas definiciones conceptuales del contenido del artículo 15 de la LR105, de manera casuística se han venido resolviendo las medidas cautelares, debiendo considerarse en su conjunto las prohibiciones aludidas.

Así, por ejemplo, lo ha realizado la Segunda Sala, al estimar que *la suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento en las carreteras*, no puede considerarse dentro de las prohibiciones del citado precepto “ya que las carreteras no pueden ser consideradas como un principio básico de la estructura política del país o de protección y efectividad de las disposiciones constitucionales que dé estabilidad y permanencia a la nación mexicana, ni la concesión de la medida cautelar suspensiva implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante, pues mientras que con la suspensión de la obra referida se deja de beneficiar a los usuarios del tramo carretero relativo y se preserva la materia de la controversia, con la negativa a otorgarla se presenta el riesgo de que cesen los efectos del acto cuya invalidez se demanda y, por tanto, que queden fuera de control actuaciones autoritarias contrarias al orden constitucional”.⁵⁶

Por último, creemos que también el ministro instructor puede negar la suspensión solicitada cuando estime, dada las características particulares de la controversia constitucional, que no se satisfacen los presupuestos materiales relativos a la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora; elementos que deben contemplarse para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos y condiciones precisados por la propia Suprema Corte y que ahora pasamos a su análisis.

⁵⁵ Cfr. la tesis LXXXVIII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. DEBE NEGARSE CUANDO SE AFECTA LA FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL DE PERSEGUIR LOS DELITOS Y VIGILAR QUE LOS PROCESOS PENALES SE SIGAN CON TODA REGULARIDAD, PORQUE SE AFECTARÍA GRAVEMENTE A LA SOCIEDAD” (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 164).

⁵⁶ Cfr. la tesis II/2003 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS DE AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE UN TRAMO CARRETERO. SU OTORGAMIENTO NO PONE EN PELIGRO A LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, NI IMPLICA UNA AFECTACIÓN GRAVE A LA SOCIEDAD EN PROPORCIÓN MAYOR A LOS BENEFICIOS QUE PUDIERA OBTENER EL SOLICITANTE” (*SJFG*, tomo XVII, febrero de 2003, p. 737).

VI

Antes del análisis de estos presupuestos materiales en materia de controversia constitucional, creemos necesario, aunque sea brevemente, referirnos a la manera en la que el primer presupuesto relativo a *la apariencia del buen derecho* fue acogido como un avance en la jurisprudencia de la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que precisamente de ahí fue tomada para la controversia constitucional.

En principio, debemos mencionar que el criterio tradicional que se mantuvo a lo largo del siglo XX, sostenía que los efectos de la suspensión consistían exclusivamente en mantener las cosas en el estado que guardaban al momento de otorgarse, es decir, los efectos tenían que ser meramente *conservativos*, sin que en ningún caso se pudiera restituir al estado que tenían antes de la violación constitucional, que deberían reservarse exclusivamente a la sentencia en la que se concediera el amparo en el fondo. Este criterio siguió su vigencia en la jurisprudencia, no obstante los avances y propuestas de la doctrina que advertían la necesidad de otro tipo de medidas de carácter innovativas.

Uno de los más importantes señalamientos en este sentido fue realizado por Ricardo Couto, entonces Juez Sexto de Distrito en el Distrito Federal. En su clásica obra de 1929 así lo advertía.⁵⁷ Esta aportación doctrinal si bien con mayor énfasis en la segunda edición aparecida más de dos décadas después (1957) en versión actualizada y ampliada, con un “Juicio crítico” a manera de prólogo que realiza Mariano Azuela Rivera (padre del actual ministro Mariano Azuela Güitrón), en ese momento ministro de la Suprema Corte y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, y con “preámbulo” del destacado procesalista José Castillo Larrañaga, entonces Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Dis-

⁵⁷ A lo largo de su obra deja clara su postura. Dice Couto: “Los dos requisitos antes mencionados: perjuicio para el quejoso de difícil reparación con la ejecución del acto y falta de perjuicio para la sociedad o para el Estado con la suspensión, son las condiciones necesarias para el otorgamiento de ésta; pero no está por demás insistir en que no basta que dichas condiciones se satisfagan, para que la suspensión deba concederse, pues como repetidas veces lo hemos dicho, la concesión de la suspensión es una facultad discrecional para los jueces, quienes para normar su criterio, *habrán de tomar en consideración, en cuanto fuere posible, el probable resultado del amparo, para que así la suspensión llene sus fines de protección provisional, que está llamada a llenar*” (las cursivas son nuestras). *Cfr. La suspensión del acto reclamado en amparo, op. cit., supra* nota 7, p. 100.

trito Federal.⁵⁸ Este último jurista afirmaba con contundencia la necesidad de obras como las de Couto que se apartan del “conceptualismo inútil” y que estimulan a estudiar “y contemplar las verdaderas construcciones del *derecho procesal constitucional, hoy en plena exploración*”.⁵⁹

Desde las primeras páginas de esta segunda edición, Azuela deja en claro la trascendencia de la obra de Couto en doble vertiente, al señalar: “Dos son las más importantes doctrinas que sustenta, a nuestro modo de ver, don Ricardo Couto en torno a la suspensión: la que requiere de vinculación de los problemas de la suspensión con la llamada cuestión de fondo y la que valerosamente proclama la necesidad de atribuir a la suspensión efectos de amparo provisional”. Precisamente en la edición de 1957, Couto refuerza su argumentación con apoyo en la reforma en 1950 al artículo 107, fracción X, constitucional, relativa a la necesidad de considerar la *naturaleza de la violación alegada* para decidir sobre la suspensión. Cuestión que Azuela Rivera no comparte, si bien acepta que la propuesta es susceptible de aplicarse exclusivamente a la calificación del interés social en la ejecución del acto reclamado.⁶⁰

⁵⁸ La segunda edición fue publicada por la Editorial Porrúa en 1957, con el título *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, con ediciones posteriores.

⁵⁹ Seguramente esta aseveración de Castillo Larrañaga sobre el “derecho procesal constitucional” se debe a que tenía pleno conocimiento de la tesis de licenciatura de Héctor Fix-Zamudio del año de 1955, ya que fue, en un primer momento, director de esa investigación que luego, por propuesta suya al joven Fix, dirigiera Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y además Castillo Larrañaga participó en el examen de licenciatura del 18 de enero de 1956, donde Fix defendió su emblemática tesis que lleva el nombre de *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*; siendo que varios de sus capítulos aparecieron publicados ese mismo año en revistas especializadas, como el que precisamente lleva el título “Derecho procesal constitucional” (*La Justicia*, t. XXVII, núms. 309-310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y ss., así como pp. 12361 y ss.), que corresponde al capítulo III de su tesis de grado. Por otra parte, en ese mismo año Fix-Zamudio publica su primer artículo distinto a su tesis: “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional” (*Revista de la Facultad de Derecho*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211). Todo lo anterior indica con claridad que la expresión de Castillo Larrañaga sobre el Derecho Procesal Constitucional en la obra de Ricardo Couto, se debe claramente a que conocía el trabajo del joven Fix-Zamudio. *Cfr.*, nuestro libro, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente pp. 120 y ss. (en prensa).

⁶⁰ *Cfr.* Azuela Rivera, Mariano, “Juicio crítico”, en la obra de Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 7-17, en p. 10.

Couto se encargó de difundir su postura entre los juristas de la época, como da cuenta su ponencia presentada el 14 de noviembre de 1956, en la primera sesión del ciclo de conferencias organizado por el Instituto Nacional del Amparo, que denomina “De la suspensión con efectos de amparo provisional”, que aparece publicado como primer anexo de la segunda edición de su obra (que además adopta como subtítulo) y también aparece en el *Boletín de Información Judicial* de ese mismo año.⁶¹ La propuesta de este autor no se limitaba a una mera aportación doctrinal, sino a “llevar al ánimo de los juristas mexicanos la convicción de que hay elementos, no sólo en los precedentes jurisdiccionales, sino en la ley misma, a favor de la tesis que sostenemos”; de tal suerte que la finalidad principal de Couto era “buscar una reforma legislativa”, si bien el camino podría abonarse “si la jurisprudencia comenzara a orientarse en el sentido indicado”.⁶² Y en efecto, décadas después así sucedió.

La apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) fue reconocida por los tribunales federales en materia de amparo hasta la última década del siglo pasado que se interpretó de manera distinta el artículo 107, fracción X constitucional, como lo propuso Couto. El parteaguas de esta mutación constitucional lo constituye el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resuelto el 21 de octubre de 1993, por mayoría de votos, cuyo ponente fue el entonces magistrado Genaro David Góngora Pimentel.⁶³ De la ejecutoria de este recurso de revisión (y de la sistematización de la tesis aislada correspondiente) se desprende lo siguiente:

1. Los efectos de la suspensión no sólo se refieren a la paralización de los actos reclamados, sino a otras medidas cautelares, tales como poner a un reo en libertad o levantar un estado de clausura ya ejecutada, actos

⁶¹ Cfr. *Ensayos y conferencias difundidos en el Boletín de Información Judicial (1947-1964)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, tomo II, pp. 637-660.

⁶² *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, op. cit., supra nota 7, p. 239.

⁶³ Recurso de revisión RA- 2233/93, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo número 237/93, promovido por Juan Manuel Íñiguez Rueda. La tesis aislada que se originó de este asunto, lleva por rubro el siguiente: “SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS. PROCEDE CONCEDERLA, SI EL JUZGADOR DE AMPARO SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, CONSIDERA QUE LOS ACTOS SON APARENTEMENTE INCONSTITUCIONALES” (*SJF*, t. XIII, marzo de 1994, p. 473).

que llevan implícito un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo que puede un día ser favorable.

2. Esta suspensión de los actos que adelanta la efectividad de la sentencia de amparo, aunque sea de manera parcial y provisional, se encuentra perfectamente justificada con la preservación de la materia de amparo y el evitar que se causen daños y perjuicios de difícil o imposible reparación al quejoso.

3. Para que se otorgue la suspensión es necesario que se den los requisitos del artículo 124 de la ley de la materia, a saber: (i) que la solicite el quejoso; (ii) que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, y (iii) que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto. Cuando se den estos tres requisitos la medida cautelar deberá concederse, procurando el juzgador de amparo fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio en términos de la última parte de dicho precepto.

4. Para la dación de la medida cautelar, el juez debe tomar en cuenta todo lo que contiene el cuaderno incidental que se forma por separado del principal, porque dentro de las disposiciones que regulan el incidente de suspensión, se contempla la posibilidad de probar, con ciertas limitaciones propias de un procedimiento sumario, pero existen pruebas dentro del incidente que deben ser tomadas en consideración, siguiendo los principios que rigen cualquier procedimiento.

5. Hay innumerables ejemplos de actos (presumiblemente ilegales) contra los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado procedente la medida cautelar, inspirada sin lugar a dudas, en el principio doctrinal *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esto es, que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia;

6. Cuando un acto reclamado es inconstitucional en sí mismo, como podría ser la orden para torturar al quejoso, la suspensión se otorgará de inmediato para que cese o se suspenda el acto inconstitucional reclamado, cuando el acto no sea inconstitucional en sí mismo, como la orden de aprehensión, se concederá la suspensión cuando apreciando el acto y teniéndolo por cierto o presuntivamente cierto, las características que lo rodean lo hacen inconstitucional, como sería que dicha orden hubiese sido

emitida fuera de procedimiento judicial por autoridad que carece de facultades para emitirla.

7. Existe otra clase de actos reclamados que también son susceptibles de suspenderse que son aquellos cuya ilegalidad queda probada en la tramitación del incidente de suspensión, aunque sea de manera presuntiva, indiciaria o aparente, ilegalidad que para el juzgador de amparo, que es perito en derecho, es muy probable o certera, por lo que teniendo a su cargo proveer sobre la suspensión para conservar la materia del juicio de garantías y evitar que se le causen al quejoso daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante que, podrá cambiarse al dictar la sentencia de fondo.

Esto es, el juzgador de amparo al analizar las constancias que obran en el cuaderno incidental, para decidir sobre la certeza del acto y la suspensión de aquél al resultar cierto, no puede dejar de percatarse de la ilegalidad que reviste el acto reclamado, puesto que necesariamente, para poder decidir sobre el otorgamiento de la medida cautelar, tendrán que hacerse consideraciones sobre “el fondo del negocio”, aunque éstas sean limitadas y con las reservas probatorias lógicas que puedan darse, consideraciones que pueden ser provisionales y siempre sin prejuzgar sobre la resolución final, pero que para efectos exclusivos de la suspensión, no es lógico ni jurídico ni justo que se reserve la convicción (provisional y anticipada pero al fin convicción) de que el acto reclamado es ilegal y que los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación que sufra el quejoso, si se le niega la suspensión, se derivarán precisamente de la ejecución del acto administrativo ilegal.

8. Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen derecho del promovente (para que pueda decirse que se ve afectado por un acto arbitrario), anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta sólo *provisionalmente*, es decir, *sin prejuzgarlo*, y además, no lo adelanta más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un *carácter temporal*.

Hasta aquí las argumentaciones esenciales de este histórico fallo. Este criterio aislado entró en confrontación directa con la doctrina tradicional que habían seguido los tribunales federales, que estimaban que con la suspensión no podía haber pronunciamiento alguno sobre el fondo y que sus efectos tenían necesariamente que ser conservativos.

En la actual novena época, se resolvieron en 1996 las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95,⁶⁴ acogiendo la esencia de aquella pionera resolución de 1993, en la que su ponente ya integraba la Suprema Corte como ministro. En las ejecutorias, hoy precedentes obligatorios, se concluye que:

a) la suspensión de los actos reclamados, participa de la naturaleza de una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

b) el primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.

c) dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida se requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de tal modo que según un cálculo de probabilidades sea posible anticipar que en el amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.

d) el examen de la aparente inconstitucionalidad del acto reclamado, encuentra además su fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, “la naturaleza de la violación alegada”, lo que implica que debe atenderse al derecho subjetivo que se dice violado.

e) En todo caso, tal examen debe realizarse sin prejuzgar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, que sólo puede determinarse en la sentencia de amparo, con base a un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia del derecho.

f) Dicho examen 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

⁶⁴ *Cfr.* las tesis jurisprudenciales 15 y 16/96, del Tribunal Pleno, cuyos rubros son: “SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO”, y “SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO” (*SJFG*, t. III, abril de 1996, pp.16 y 36, respectivamente).

sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

En realidad esta nueva concepción que consolida vía jurisprudencial la apariencia del buen derecho en el sistema de la suspensión del acto reclamado en el amparo, sigue las tendencias de la teoría cautelar que se ha venido construyendo por la dogmática procesal. Se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio encauzar el estudio de la suspensión del acto reclamado dentro del marco del derecho procesal, bajo la dimensión de lo que él ha denominado como *rein vindicación procesal del amparo* (1956).

En efecto, desde la década de los sesenta del siglo pasado así lo advertía para la institución de la suspensión en el amparo:

Sin embargo, no se ha intentado una elaboración de la materia con base en los adelantos que la propia ciencia del derecho procesal ha alcanzado en la relación con la doctrina de las providencias, medidas o procedimientos cautelares, lo que no solamente tiene interés doctrinario, sino que se traduce además en resultados prácticos. Desde este punto de vista *es indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar*, por cuanto significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva y por este motivo, no sólo tiene eficacia puramente conservativa, sino que también puede asumir el carácter de *una providencia constitutiva, o parcial y provisionalmente restitutoria*, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio o impedir perjuicios irreparables a los interesados.⁶⁵

⁶⁵ Cfr. su ensayo "La jurisdicción constitucional mexicana" que aparece como apéndice al libro de Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961, pp. 131-247; que reproduce en 1964 en su libro *El juicio de amparo* (Porrúa, pp. 195-301, en p. 277-278). Si bien algunos autores hacían referencia de la suspensión como medida cautelar, por ejemplo, los juristas Soto Gordo, Ignacio, y Liévana Palma, Gilberto (*La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, op. cit., supra* nota 7, pp. 36 y 37), se debe a Fix-Zamudio la plena vinculación de la suspensión del acto reclamado con la teoría cautelar como construcción del procesalismo científico, perspectiva que fue seguida por varios autores, como por ejemplo Trueba, Alfonso (*La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo, op. cit., supra* nota 7); Castro y Castro, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el amparo, op. cit., supra* nota 7, y González Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclama-*

Tendencia contemporánea que pareciera seguir la institución del amparo en el derecho comparado.⁶⁶ Este *fumus iuridicus* en materia cautelar también se propone en el *Proyecto de Nueva Ley de Amparo*,⁶⁷ a pesar de cierto sector de la doctrina que manifiesta clara oposición calificándola de “esnobismo”.⁶⁸

Así se advierte la manera en que las penetrantes aportaciones de Couto iniciadas hace ochenta años, reconducidas por Fix-Zamudio en la dé-

do en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares, op. cit., supra nota 7. En sentido contrario, negando la naturaleza de la suspensión como medida cautelar, Burgoa, Ignacio, El juicio de amparo, op. cit., supra nota 5, pp. 711 y 712.

⁶⁶ En general sobre estas tendencias contemporáneas, véase Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

⁶⁷ El artículo 126 establece: “Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará en todas las materias, siempre que concurren los siguientes requisitos: I. Que la solicite el quejoso; II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, y III. Que de permitirlo la naturaleza del caso, *opere en favor del quejoso la apariencia del buen derecho*. La suspensión se tramitará en incidente y por duplicado.” (las cursivas son nuestras). En la exposición de motivos se justifica la consagración de este requisito al señalar que es “...reconocido por la Suprema Corte de Justicia y que constituye uno de los avances más importantes en la evolución del juicio de amparo en las últimas décadas. Sin embargo, para asegurar su correcta aplicación, se establece la obligación del juez de realizar un análisis ponderado entre la no afectación del interés social y el orden público y la apariencia del buen derecho. Con esto se logra que la medida cautelar sea eficaz y que no se concedan suspensiones que molestan la sensibilidad social”.

⁶⁸ Encabezada esta corriente por Ignacio Burgoa, señala que: “Bien se ve que la expresión equívoca mencionada se insertó en la disposición invocada por mero afán de “esnobismo”, pues en vez de la locución enigmática “apariencia del buen derecho”, debió haberse empleado el comprensible concepto de “interés jurídico presuntivo” como lo establece la Ley de Amparo vigente que pretende sustituir por el mamotreto de la Suprema Corte”; *cfr. ¿Una Nueva Ley de Amparo o Renovación de la Vigente?*, México, Porrúa, 2001, p. 2. En general, este destacadísimo jurista mexicano siempre se ha manifestado en contra de considerar a la suspensión del acto reclamado en el amparo como una “medida cautelar”. Así se lo ha sostenido desde hace décadas en su clásica obra: “... estimar a la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuye la doctrina de Derecho Procesal, *se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica...*”. Y continúa diciendo al referirse a la concepción de Fix-Zamudio que “Esta concepción de nuestro distinguido tratadista *es inadmisibles* y sólo puede explicarse por su afán de aplicar a las institucionales procesales del juicio de amparo las opiniones de doctrinas extranjeras que lo desconoce, no lo comprenden o no se refieren a él”. *Cfr. Burgoa, Ignacio, El juicio de amparo, op. cit., supra nota 5, pp. 711 y 712.*

cada de los sesenta a la luz de la doctrina procesal de las medidas cautelares, por fin son aceptadas a partir de la década de los noventa vía jurisprudencial en el juicio de amparo, si bien falta todavía la anhelada reforma legal.

VII

El principio *fumus boni iuris* adoptado por la jurisprudencia en materia de amparo, también fue reconocido en época reciente por la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional.⁶⁹

Se parte también de la idea fundamental de que “la suspensión es una especie del género de las medidas cautelares”,⁷⁰ por lo que si bien sus características se perfilan de manera singular y concreta, le son aplicables las reglas generales de tales medidas en lo que no se opongan a su específica naturaleza. De esta manera se acepta que “son dos los extremos que deben actualizarse para obtener la medida cautelar, a saber: 1) la apariencia del buen derecho, y 2) el peligro en la demora”.⁷¹

En cuanto al primer presupuesto, la “aparición” es, como lo predica el adagio latino, solo un “humo” de buen derecho, que como todo “humo” en ocasiones aparece nebuloso y puede incluso desaparecer cuando en el proceso principal se llega al convencimiento pleno de su ausencia en la sentencia definitiva. De ahí que en realidad nunca puede la medida cautelar constituir, en rigor, un adelanto de la sentencia constitucional, toda vez que no puede saberse con plena certeza el resultado del análisis de inconstitucionalidad, al poder desaparecer lo que aparentemente reflejaba ese “humo” de certeza del derecho. A lo sumo puede haber “una apreciación *de carácter provisional*” a la luz de una cognición sumaria del incidente respectivo, con la finalidad de asegurar la eficacia del proceso o evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad), sin que en ningún caso la decisión cautelar tenga como finalidad satisfacer la pretensión de la causa principal.

En otras palabras, si bien la medida cautelar puede coincidir (en todo o en parte) con la sentencia constitucional definitiva, al implicar la primera un análisis superficial de la inconstitucionalidad del acto impugnado (y de sus efectos y consecuencias) *siempre se realiza de manera pro-*

⁶⁹ Cfr. la tesis jurisprudencial 109/2004, *op. cit.*, *supra* nota 41.

⁷⁰ *Op. cit.*

⁷¹ *Idem.*

visional para conservar el objeto del proceso o evitar daños irreversibles; en cambio, en la sentencia constitucional se resuelve de manera definitiva sobre la pretensión o pretensiones sostenidas a lo largo del proceso principal, teniendo en consideración lo probado y alegado por las partes, y que al resolverse sobre la litis en la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, elemento fundamental que carece la decisión cautelar.⁷²

De tal suerte que este *fumus boni iuris*

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. Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos impugnados, implica que para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el solicitante de modo tal que, según un *cálculo de probabilidades*, sea posible anticipar que

⁷² Véase lo advertido en la nota 11, respecto al debate en la doctrina sobre el tema de la cosa juzgada en las medidas cautelares.

en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado.⁷³

Esta verosimilitud del derecho no implica “certeza” del mismo. Implica, más bien, un cálculo de probabilidades sobre la viabilidad de la pretensión principal. Si bien este presupuesto de la apariencia del buen derecho puede ser considerado por el ministro instructor para la dación de la medida cautelar, no implica necesariamente que en todos los casos donde se otorgue la suspensión, se tenga que prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto impugnado, a manera de adelanto provisional de la sentencia en el proceso principal. Esta situación resulta *excepcional* y debe aplicarse cuando así sea necesario para la eficacia del proceso, teniendo en consideración el presupuesto de la adecuación de la medida cautelar como veremos más adelante; de tal suerte que como regla general opera el efecto *conservativo* y solo cuando sea insuficiente, puede adelantarse de manera provisoria el derecho cuestionado en el fondo.

VIII

En cuanto el segundo elemento que jurisprudencialmente se ha establecido como presupuesto para las controversias constitucionales, también fue recogido de la doctrina general cautelar. El *periculum in mora*, como lo afirma Calamandrei en su clásico estudio, “constituye la base de las medidas cautelares” en tanto que no es

el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior *daño marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva*..⁷⁴

⁷³ Recursos de reclamación 219 y 221/2004, resueltos por el Tribunal Pleno, que en esencia siguen los lineamientos acogidos por el pleno para la suspensión en materia de amparo, al resolver las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95.

⁷⁴ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 42.

Aquí cobra importancia los dos tipos de peligro en la demora que advertía el profesor florentino. Uno relativo al *peligro de infructuosidad* y otro relativo al *peligro en la tardanza de la providencia principal*. En el primero la medida cautelar no trata de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguirlo; mientras que en el segundo la providencia cautelar busca acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, de tal suerte que en este último caso la providencia provisoria se relaciona con la relación sustancial controvertida (por ejemplo, derecho a alimentos en materia familiar).⁷⁵

En realidad esta división en el peligro en la demora constituye dos caras de la misma moneda, es decir, de la *eficacia del proceso*. Ambas representan instrumentos que garantizan la finalidad misma de la función jurisdiccional, con independencia de que en algunas ocasiones la medida cautelar coincida con las pretensiones del actor y en otras no sea así. No hay que perder de vista que en todo caso las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y su finalidad no puede sustituir la sentencia definitiva, como hemos precisado con antelación, aunque en ocasiones sea necesario que coincida en parte o en todo con la misma, de tal suerte que se anticipe de manera provisoria el resultado de la litis.⁷⁶

Esta concepción que ha sido el fundamento de toda medida cautelar, la ha aceptado la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional, al considerar que el peligro en la demora “consiste en la posible frustración de los derechos del promovente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo”.⁷⁷

Como puede apreciarse, la Suprema Corte incorpora los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora para la suspensión en controversias constitucionales, utilizando similares considera-

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 71-73.

⁷⁶ En este sentido coincidimos con la postura de Juan José Monroy Palacios, que advierte complementarias los dos supuestos en la mora de Calamandrei, es decir, las medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal. Este autor llama *medidas cautelares no coincidentes* a aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda, y *medidas cautelares coincidentes* a las que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda; *cfr.* su obra *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, p. 183.

⁷⁷ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 109/2004, *op. cit.*, *supra* nota 41.

ciones que en 1996 había establecido para la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo (que a su vez tomó del histórico fallo de 1993 de un tribunal colegiado de circuito, utilizando la dogmática procesal de la teoría cautelar).⁷⁸

IX

Un tercer presupuesto material creemos debe también adoptarse para la suspensión en controversia constitucional, referido a la *adecuación de la medida*. Este presupuesto pone en conexión la medida cautelar con el objeto del proceso principal, de tal suerte que con la primera se logre realmente la eficacia de la segunda.

Si la propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que la finalidad de la suspensión en este proceso constitucional, consiste en conservar la materia del objeto del litigio y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, resulta lógico que la medida que se adopte sea eficaz para cumplir con esa funcionalidad, de donde deriva la necesaria *adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable*.⁷⁹

Se ha señalado que atendiendo a la urgencia y de la apariencia del buen derecho puede el ministro instructor otorgar medidas cautelares que no sólo implique una suspensión propiamente del acto impugnado, esto es, manteniendo las cosas en el estado en que se encuentra, sino que en casos excepcionales pueden implicar la providencia cautelar un adelanto de la pretensión de fondo de manera provisional, lo cual resulta lógico debido al sistema que adopta el segundo párrafo del artículo 45 de la LR105, donde “La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá

⁷⁸ La propia Suprema Corte, en los recursos de reclamación 219, 221 y 229/2004, lo reconoce de manera expresa. Se precisa que si bien provienen de razonamientos esgrimidos en juicios de amparo, son aplicables a la especie por tratarse también de la suspensión proveniente de un medio jurisdiccional de control de constitucionalidad que, si bien no es idéntica ni mucho menos a la que se otorga en los juicios de garantías, guarda considerables semejanzas con ella”.

⁷⁹ Por situación jurídica cautelable se entiende, siguiendo a Ignacio Díez-Picazo Jiménez, “aquella situación jurídica para cuyo aseguramiento o efectividad se pide la medida cautelar, es decir, la acción afirmada que constituye el objeto del proceso principal”; *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, (con Andrés de la Oliva y Jaime Vegas Torres), 2a ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 389; véase de este mismo autor, “Medidas cautelares”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, vol. III, pp. 4228 y 4229.

efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia”;⁸⁰ de donde deriva que la medida cautelar que se adopte sea realmente adecuada con el objeto mismo del proceso.

Lo anterior significa, por una parte, que la medida cautelar que el ministro instructor en primera instancia o el Pleno o las Salas en su caso adopten, deben considerar como presupuesto que con ellas se logre la situación jurídica pretendida en la acción constitucional, ya que de nada sirve en algunos casos, por ejemplo, medidas conservativas cuando estas no sean adecuadas para asegurar el objeto del proceso, y por otra parte, también significa que la medida corresponda a esa finalidad *sin desequilibrar a las partes en el proceso*. Esto último resulta importante, ya que puede suceder que por evitar un daño a una de las partes, se otorgue una medida cautelar desmedida que implique consecuencias graves e irreparables para la contraparte.

De ahí que sea necesario mantener la igualdad de las partes en lo que sea posible y evitar perjuicios innecesarios. En este sentido, la adecuación a la situación jurídica cautelable corresponde a la necesidad de que se otorguen medidas cautelares *congruentes* con el objeto que con la providencia cautelar se pretende garantizar.⁸¹

Los anteriores presupuestos materiales que operan para la concesión de la medida cautelar en controversias constitucionales, no deben confundirse con el *contenido de la resolución cautelar*, cuyos elementos se especifican en la segunda parte del artículo 18 de la LR105. De conformidad con ese precepto, en el auto de concesión de la suspensión deberá señalar con precisión (i) los alcances y efectos de la suspensión; (ii) los órganos obligados a cumplirla; (iii) los actos suspendidos; (iv) el territorio respecto del cual opere, y (v) el día en que deba surtir sus efectos.

⁸⁰ De manera extraordinaria, la Suprema Corte ha aceptado los efectos retroactivos en cualquier materia, para los efectos de que sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla. *Cfr.* la tesis 71/2006 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA SENTENCIA DE INVALIDEZ EXCEPCIONALMENTE PUEDE SURTIR EFECTOS A PARTIR DE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA” (*SJFG*, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377).

⁸¹ *Cfr.* Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, *op. cit.*, *supra* nota 76, pp. 186-199.

Estos elementos deben siempre precisarse en el auto de suspensión. Cuestión distinta representan “los requisitos para que sea efectiva” a que alude la última parte del mismo precepto que, en su caso, deben señalarse atendiendo “las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional”, como lo prevé la primera parte del señalado precepto. Estas *condiciones de efectividad* de la medida cautelar adoptada constituyen “una garantía desde el punto de vista legal, por lo que podrá ofrecerse en cualquiera de las formas previstas en ley (fianza, hipoteca, prenda o depósito)”.⁸²

La garantía de ninguna manera debe verse como un requisito de procedencia de la medida cautelar donde operan otros presupuestos. La garantía constituye un elemento contingente que puede darse o no, según la característica especial del asunto, de tal suerte que la garantía está *dirigida a reparar los posibles daños y perjuicios* que pudieran ocasionarse con el otorgamiento de la medida cautelar, siendo una carga para el actor y no para la parte demandada.⁸³

En todo caso, esta garantía como condición de efectividad de la suspensión, *debe ser excepcional* si se considera que las partes actora y demandada en este tipo de proceso constitucional son poderes y órganos del estado;⁸⁴ si bien para un sector de la doctrina por esta circunstancia

⁸² Nava Malagón, Pedro, “El incidente de suspensión en controversia constitucional”, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 1089.

⁸³ *Cfr.* la tesis 14/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EN EL AUTO EN QUE SE CONCEDE DEBE PRECISARSE, ENTRE OTROS REQUISITOS, EL OTORGAMIENTO DE UNA GARANTÍA CUANDO ÉSTA SEA NECESARIA PARA QUE SURTA EFECTOS” (*SJFG*, t. XIX, marzo de 2004, p. 1354).

⁸⁴ En pocos casos se ha pedido garantía como condición de efectividad de la suspensión. Así ha sucedido, por ejemplo, en la controversia constitucional 23/2003, donde se solicitó exhibir garantía de billete de depósito expedido por Nacional Financiera, S. N. C. En el recurso de reclamación 105/2003 derivado de esta controversia, resulta interesante que se consideró que la garantía para reparar posibles daños y perjuicios no es para la partes, sino para reparar los daños causados a la carretera. La parte relativa de esta resolución señala: “En el caso, la garantía exigida obedece a que tanto el Gobierno Federal como el Estado actor alegan tener jurisdicción sobre la vía de comunicación en controversia, la cual se encuentra usufructuada por el Estado referido, circunstancias que podrían dar lugar a que, al resolverse la controversia constitucional, el Estado actor tuviera que entregar la carretera y lo hiciera en un estado total de destrucción, lo que a su vez provocaría que la Federación tuviera que reparar esos daños, por pertenecerle dicha vía, lo cual indudablemente le afectaría si tuviera que disponer de su peculio para reparar tales daños; por tanto, si el Estado actor se benefició del cobro de las cuotas correspondien-

no debe nunca operar, ya que “las entidades son solventes en sí; fianzas y contrafianzas para garantizar cumplimientos o respetos les son ajenas”.⁸⁵

X

La decisión del ministro instructor donde otorga o niega la medida cautelar tiene un carácter mutable, como hemos visto en su oportunidad al estudiar las características generales de este instituto. Esto quiere decir que puede eventualmente ser modificado o revocado el auto de suspensión, al ser flexible la medida adoptada.

Por una parte, el ministro instructor puede “modificar o revocar el auto de suspensión por él mismo dictado, siempre que ocurra un hecho superveniente que lo fundamente” (artículo 17 LR105). Esto sucede cuando cambien las circunstancias fácticas que determinaron el resultado de la decisión cautelar, derivado del principio *rebus sic stantibus* (cuya traducción literal es “siendo así las cosas”) y puede darse hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva en términos del propio precepto.

La actuación del ministro instructor está acotada, por consiguiente, a que ocurra “un hecho superveniente” que fundamente la necesidad de variar el auto de suspensión. Ahora bien, ¿a qué se refiere por hecho superveniente? La Suprema Corte ha entendido que el supuesto normativo no solo se refiere al “hecho superveniente” sino también al “hecho nuevo” siempre y cuando estén incorporados a la litis.⁸⁶

Ambos conceptos los ha definido al interpretar el artículo 27 de la LR105,⁸⁷ al referirse a la oportunidad procesal de la ampliación de la de-

tes, éste debe pagar los daños y perjuicios ocasionados a la carretera o por lo menos devolverla en el estado en que la encontró. Debe aclararse que a través de la entrega de la garantía al demandado, las cuotas recaudadas por el Estado actor no serían para el peculio de la Federación, sino que servirían para reparar los posibles daños causados a la carretera” (las cursivas son nuestras).

⁸⁵ Cfr. Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional, op. cit., supra* nota 8, p. 210.

⁸⁶ Véase la tesis jurisprudencial LXX/98 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: “Controversia constitucional. Para decidir sobre la suspensión por hecho superveniente o por hecho nuevo es presupuesto necesario que estén incorporados a la litis” (*SJFG*, t. VIII, diciembre de 1998, p. 791).

⁸⁷ Este precepto dispone “Artículo 27. El actor podrá ampliar su demanda dentro de los quince días siguientes al de la contestación si en esta última apareciere un hecho nuevo, o hasta antes de la fecha de cierre de la instrucción si apareciere un hecho superve-

manda, entendiendo por “hecho superveniente” aquel que se produce con posterioridad a la presentación de la demanda y antes del cierre de instrucción; en tanto que el “hecho nuevo” es aquel respecto del cual la parte actora tiene conocimiento de su existencia con motivo de la contestación de la demanda con independencia del momento en que se produce. Esta distinción cobra importancia si se tiene en cuenta que tratándose del “hecho nuevo” se cuenta con un plazo de 15 días siguientes al de la contestación de la demanda, en tanto que si es un “hecho superveniente” se puede ampliar la demanda hasta antes de la fecha del cierre de instrucción. En materia de la suspensión del acto, sin embargo, sea hecho nuevo o superveniente, puede motivar la revocación o modificación del auto de suspensión siempre que estén incorporados a la litis, hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva.

Diferente supuesto es la posibilidad de impugnación a que son sujetas las decisiones cautelares del ministro instructor a través del *recurso de reclamación*, a que se refiere la fracción IV del artículo 51 de la LR105, que procede “*Contra los autos del ministro instructor en que se otorgue, niegue, modifique o revoque la suspensión*”. Del recurso de reclamación, en principio, corresponde conocer al Pleno de la Suprema Corte. Así se desprende de los artículos 17, segundo párrafo, y 53 *in fine*, de la LR105. Sin embargo, *cuan-do se estime no ser necesaria la intervención del Pleno*, será resuelto por las Salas, de conformidad con el Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte, en relación con el Acuerdo 3/2008 que lo modifica.⁸⁸

Si bien la posibilidad dada a la Suprema Corte para emitir acuerdos generales “a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte”, en términos de la reforma al párrafo séptimo del artículo 94 constitucional de 1999, comprende, en principio, a la materia de controversias constitucionales (como se advierte de la exposición de motivos de dicha reforma), los acuerdos relativos

niente. La ampliación de la demanda y su contestación se tramitarán conforme a lo previsto para la demanda y contestación originales”.

⁸⁸ El punto Único del Acuerdo 3/2008, que reforma la fracción I y adiciona una fracción II, pasando la actual II a ser III del punto Tercero del Acuerdo General Plenario 5/2001, en la parte que interesa dice: “Tercero. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conservará para su resolución: I. Las controversias constitucionales, salvo en las que deba sobreseerse y aquéllas en las que no se impugnen normas de carácter general, *así como los recursos interpuestos en éstos en los que sea necesaria su intervención*”.

deben prever con claridad los supuestos competenciales, lo cual pareciera no logarse en los Acuerdos citados en el párrafo anterior, donde no se establece algún principio para establecer en qué casos es necesaria la intervención del pleno.⁸⁹

En el caso de que la suspensión se hubiese concedido por el Pleno de la Suprema Corte en los términos indicados, es decir a través del recurso de reclamación, de presentarse cambios en las circunstancias fácticas que determinaron su otorgamiento (hechos supervenientes o nuevos), necesariamente la modificación o revocación de la medida cautelar tendrá que realizarse por el propio Tribunal Pleno, a través de las consideraciones que le someta al respecto el ministro instructor; esto es así, toda vez que es principio general en nuestro sistema jurídico que los órganos de primera instancia o los funcionarios judiciales instructores no pueden, respectivamente, modificar o revocar las determinaciones de los órganos superiores de segunda instancia o de los órganos colegiados a los que pertenecen, que son los que tienen competencia para emitir fallos definitivos tanto en los asuntos de fondo como en los recursos procedentes.⁹⁰

En cuanto al procedimiento del recurso de reclamación, se debe promover ante el presidente de la Suprema Corte dentro del plazo de cinco días. En el recurso se deberán expresar agravios y se acompañarán las pruebas que se estimen pertinentes. El presidente correrá traslado a las partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga y, concluido dicho plazo, se turnarán los autos a un ministro distinto del instructor a fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al Pleno. Cuando este medio de impugnación sea interpuesto sin motivo, se impondrá una multa de diez a ciento veinte días de salario al recurrente o a

⁸⁹ Imaginemos un recurso de reclamación resuelto en Sala, con votación dividida de tres contra dos. De haberse resuelto en el Pleno existiría una posibilidad real de que la resolución del recurso eventualmente sea en sentido contrario al fallo de la Sala. ¿Qué es lo determinante para que sea necesaria la intervención del Pleno? Si atendemos a la circunstancia de que sea infundado, aun resultando unánime la decisión de la Sala, si se resolviera por el Pleno podría eventualmente variar la resolución para ser fundado el recurso (con los seis ministros que no integran dicha Sala).

⁹⁰ *Cfr.* la tesis jurisprudencial LXIX/98 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DE LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN POR UN HECHO SUPERVENIENTE, COMPETE CONOCER AL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUANDO ÉSTE, PREVIAMENTE YA RESOLVIÓ SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA EN LA DEMANDA RELATIVA, A TRAVÉS DE UN RECURSO DE RECLAMACIÓN” (*SJFG*, t. VIII, diciembre de 1998, p. 787).

su representante, a su abogado o a ambos (artículos 52 a 54). Cabe precisar que la interposición de este recurso no suspende el procedimiento principal, por lo que si se dicta la sentencia en el fondo o bien el ministro instructor modifica o revoca el auto, necesariamente queda sin materia este medio de impugnación.⁹¹

También procede *el recurso de queja* que se encuentra regulado en los artículos 55 a 58 de la LR105. Este medio de impugnación podrá interponerse ante el propio ministro instructor hasta el dictado de la sentencia, contra la parte demandada o cualquier otra autoridad, *por violación, exceso o defecto en la ejecución del auto de resolución* por el que se haya concedido la suspensión.

El procedimiento en este recurso permite que la autoridad contra la cual se hubiere interpuesto el recurso, dentro de los 15 días deje sin efectos el acto que diere lugar al recurso o bien rinda un informe y ofrezca pruebas. Se prevé la celebración de una audiencia para el desahogo de las pruebas y se formulen alegatos por escrito, debiendo el ministro instructor elaborar proyecto de resolución para someterlo al pleno de la Suprema Corte. En caso de encontrarse fundado el recurso, se dará vista al Ministerio Público Federal para que ejercite acción penal. La resolución debe precisar que la autoridad sea sancionada en los términos establecidos en el Código Penal por el delito de abuso de autoridad, por cuanto hace a la desobediencia cometida, independientemente de cualquier otro delito en que incurra o responsabilidad a que se refieren los artículos 108 al 114 de la Constitución federal.⁹²

De tal manera que en la resolución que decida sobre el recurso de queja, deberá interpretar los efectos de la medida suspensiva y su violación, cuestión que resulta importante cuando la parte afectada por la violación acude directamente al Ministerio Público a denunciar la probable

⁹¹ *Cfr.* las tesis LXXVII/2001 y CCXV/2005, ambas de la Primera Sala, cuyos rubros son “RECLAMACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE DECIDE SOBRE LA SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. QUEDA SIN MATERIA SI DURANTE SU TRAMITACIÓN SE RESOLVIÓ EL REFERIDO MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL” (*SJFG*, t. XVI, agosto de 2001, p. 971), y “RECLAMACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE DECIDE SOBRE LA SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. QUEDA SIN MATERIA SI DURANTE SU TRAMITACIÓN EL MINISTRO INSTRUCTOR REVOCA O MODIFICA TAL PROVEÍDO” (*SJFG*, t. XXIII, enero de 2006, p. 2133).

⁹² *Cfr.* la tesis 26/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN ELLAS” (*SJFG*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 1469).

comisión de un delito; así este representante social tendría los elementos para integrar la averiguación previa correspondiente.⁹³

Un aspecto importante que ha sido motivo de debate en la Suprema Corte,⁹⁴ consiste en determinar a partir de cuándo debe surtir efectos la suspensión del acto reclamado (condición de efectividad a que se refiere la última parte del artículo 18 de la LR105), lo cual es relevante para determinar si existió violación a la suspensión. Esta problemática aparece cuando en los autos de suspensión se suele establecer que surte efectos “desde luego”. ¿Qué sucede si una vez otorgada la suspensión y antes de que se notifique a las autoridades obligadas a cumplirlas el auto correspondiente, estas realizan actuaciones que impliquen violación a dicha suspensión? Al respecto, resulta interesante las consideraciones del ministro Cossío, al señalar que deben advertirse dos momentos distintos en cuanto a los efectos de la suspensión. Por un lado la fecha señalada en el auto de suspensión para que la medida cautelar surta efectos; por otro, la fecha en que surte efectos la notificación en términos del artículo 6 de la LR105, que será *a partir del día siguiente al en que hubieren quedado legalmente hechas*. De tal suerte que “no es posible estimar que una autoridad ha violado la suspensión sino hasta que actúa en un momento posterior al que la notificación ha surtido sus efectos, es decir, al día siguiente de su notificación”.⁹⁵

Por último, debe precisarse que a diferencia del recurso de reclamación, en el de queja no queda sin materia si durante su tramitación se resuelve el proceso principal, ya que “es autónoma a la subsistencia del bien jurídico tutelado provisionalmente con aquella medida cautelar, pues la responsabilidad de la autoridad nace en el momento en el que no se acata la resolución en la que se otorga la suspensión; *de ahí que aun en el caso de que hayan cesado los efectos de la suspensión por resol-*

⁹³ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 28/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “QUEJA RELATIVA AL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FIJAR LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN RELATIVA Y SI EXISTIÓ VIOLACIÓN A AQUELLA” (*SJFG*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 1470).

⁹⁴ Al resolverse el recurso de queja derivado del incidente de suspensión de la controversia constitucional 106/2006, resuelto el 18 de octubre de 2006, por mayoría de cuatro votos.

⁹⁵ Cossío Díaz, José Ramón, “Supuestos en los que puede originarse una violación a la suspensión en controversia constitucional y las obligaciones de la autoridad”, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 14.

*verse el juicio en lo principal, tal circunstancia no obsta para determinar si existió contumacia de la autoridad y, de resolverse en sentido afirmativo, se establezca su responsabilidad y se adopten las acciones pertinentes para que sea sancionada”.*⁹⁶

XI

No obstante que en el siglo XIX se hacía referencia a la importancia de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo por distinguidos juristas (Ignacio L. Vallarta, Fernando Vega, entre otros) y a principios del siglo pasado (Silvestre Moreno Cora) se relacionara su naturaleza con las medidas cautelares, la obra de Ricardo Couto de 1929 marca nuevos derroteros en el estudio de la institución y provoca una atención especial por la doctrina mexicana.

Su doctrina relativa a la suspensión con efectos de *amparo provisional*, motivó que los juristas a lo largo del siglo XX estudiaran la vinculación de la suspensión con la sentencia definitiva. A partir de la propuesta sobre la reinvidicación procesal del juicio de amparo realizada por Fix-Zamudio en 1956, y de sus desarrollos posteriores que realiza en la década siguiente, se vincula plenamente la institución de la suspensión del acto reclamado con la teoría general de las medidas cautelares a la luz del procesalismo científico.⁹⁷

La práctica jurisdiccional de la institución de la suspensión del acto en el juicio de amparo, propició una rica jurisprudencia y abundantes estudios en la doctrina. Las ideas de Couto sobre la necesidad de anticipar ciertos efectos de la sentencia en la suspensión, encauzadas por Fix-Zamudio en la teoría cautelar del derecho procesal, fueron aceptadas por un tribunal colegiado de circuito en 1993 y en definitiva por la Suprema Corte en 1996.

Resulta evidente la influencia del amparo en la regulación de la suspensión del acto en el proceso de controversia constitucional a partir de la expedición de la LR105 en 1995. A pesar de los años transcurridos, el estudio de la suspensión en este diverso proceso constitucional requiere

⁹⁶ *Cfr.* la tesis 29/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Queja relativa al incidente de suspensión en controversia constitucional. No queda sin materia si durante su tramitación el referido medio de control constitucional es resuelto” (*SJFG*, t. XVII, marzo de 2008, p. 1471).

⁹⁷ Véanse las consideraciones finales del epígrafe VI, así como la nota 65.

de una mayor atención por parte de la doctrina. Si bien la construcción de la suspensión vía amparo resulta de utilidad, se deben destacar las peculiaridades de este instituto en controversia constitucional, teniendo en consideración su naturaleza y caracteres propios, la ley reglamentaria y especialmente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

El ministro instructor tiene amplias facultades que constituyen atribuciones de sus poderes como juez constitucional. Estas facultades no solo se manifiestan en la sentencia definitiva, sino a lo largo de todo el procedimiento, como sucede con las medidas cautelares. El incidente de suspensión en controversia constitucional, que necesariamente debe abrirse (sea de oficio o a petición de parte), culmina con una *resolución en forma de auto*, donde se puede otorgar o negar la suspensión. Esta decisión no adquiere la calidad de cosa juzgada, por lo que puede ser objeto de revocación o modificación en caso de hechos supervenientes o nuevos. En todo caso, las decisiones del ministro instructor se encuentran acotadas, en la medida en que pueden ser impugnadas por medio del recurso de reclamación, cuya competencia corresponde al pleno, o incluso a las salas de la Suprema Corte cuando sea innecesaria la intervención del primero.⁹⁸

Los presupuestos materiales relativos a la *apariencia del buen derecho y el peligro en la demora* (y creemos también debiera adoptarse la *adecuación de la medida*), se han reconocido vía jurisprudencial en materia de controversias constitucionales a partir de 2004. Esto ha permitido que el ministro instructor pueda en algunos casos *excepcionales* adelantar provisionalmente el resultado del proceso principal. Sin embargo, no debe perderse de vista que en realidad en ningún caso puede considerarse como una “controversia constitucional provisional” (utilizando la terminología de Couto para el amparo), ya que la finalidad de la institución difiere a la sentencia definitiva que dirime la cuestión de fondo; como hemos visto, con esta medida no se busca tutelar las pretensiones del proceso principal, sino asegurar su eficacia y evitar daños irreversibles a las partes o a la sociedad. Esta es su razón de ser, teniendo en cuenta sus características de *instrumentalidad, autonomía, provisionalidad y mutabilidad*, que son propias de la naturaleza de cualquier medida cautelar conforme se ha desarrollado durante el siglo XX por la dogmática procesal.

⁹⁸ Conforme el Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte, en relación con el Acuerdo 3/2008 que lo modifica. Véanse notas 88 y 89.

Y si precisamente al inicio de estas reflexiones hacíamos referencia al clásico estudio de Calamandrei donde deja ver la *instrumentalidad* de las medidas cautelares como su nota típica (una instrumentalidad, por cierto, reforzada, al constituir garantía de la garantía, de tal suerte que “más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”);⁹⁹ ahora terminamos con ese mismo espíritu aludiendo a su maestro Chiovenda, padre del procesalismo científico italiano, que nos recuerda el principio esencial de toda medida cautelar, que también aplica a la suspensión en controversia constitucional: “*La necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón*”.¹⁰⁰

⁹⁹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares*, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 45.

¹⁰⁰ Chiovenda, Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 147, citado por Calamandrei, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 44. De la obra clásica de Chiovenda existe traducción al español por Emilio Gómez Orbaneja: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936-1940.