



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**SEDE GUADALAJARA**

**LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO  
EN EL AMPARO**

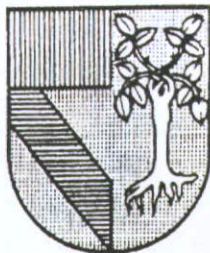
**GERARDO VALDEZ SANTAELLA**

Tesis presentada para optar por el título de licenciado en  
Derecho con Reconocimiento de Validez  
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,  
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco; Mayo de 1999

CLASIF: \_\_\_\_\_  
CÓDIGO: 50177  
FECHA: 29/09/03  
CONTENIDO DE \_\_\_\_\_  
§ \_\_\_\_\_





**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**SEDE GUADALAJARA**

**LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO  
EN EL AMPARO**

**GERARDO VALDEZ SANTAELLA**

Tesis presentada para optar por el título de licenciado en  
Derecho con Reconocimiento de Validez  
Oficial de Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,  
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco; Mayo de 1999



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. GERARDO VALDEZ SANTAELLA  
Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa TESIS titulado: **"LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN EL AMPARO"** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA


Zapopan, Jalisco a 2 de Mayo de 1999.

Guadalajara, Jalisco, 11 de mayo de 1999

UNIVERSIDAD PANAMERICANA  
SEDE GUADALAJARA  
ESCUELA DE DERECHO.  
At'n. Lic. Alberto Alarcón Menchaca.  
Presente.

En mi carácter de asesor de tesis, y después de haber analizado el trabajo de titulación presentado por el Sr. Gerardo Valdez Santaella en materia de Derecho de Amparo, titulado "La Apariencia de Buen Derecho en el Amparo", le manifiesto que el mismo reúne a mi juicio los requisitos de un trabajo recepcional, por lo que estimo que su autor puede continuar con los trámites administrativos a fin de presentar examen profesional.

Atentamente



LIC. PABLO MEDINA MAGALLANES.

## DEDICATORIAS

A Dios, por la vocación.

A mi familia, por creer.

A los Licenciados Pablo Medina Magallanes  
y Marco Antonio del Toro Carazo,  
por el ejemplo.

## ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	
I. GENERALIDADES	9
A. El Juicio de Amparo	9
B. La Suspensión de los Actos Reclamados	13
C. Clases de Suspensión	17
1. La suspensión de oficio	17
2. La suspensión a petición de parte	19
3. Suspensiones provisional y definitiva	21
D. Exigencias para la Suspensión en Materia Administrativa	23
II. REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN	
A PETICIÓN DE PARTE	25
A. Requisitos de Procedencia	25
1. Certeza de los actos reclamados	25
2. Requisitos naturales	26
3. Requisitos legales	30
B. Requisitos de Eficacia	40
III. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA SUSPENSIÓN	43
A. Las Medidas Cautelares	43
1. Concepto y clasificación	43
2. Caracteres	49
3. Presupuestos	52

B. Naturaleza y Efectos de la Suspensión de los Actos Reclamados	56
1. Naturaleza jurídica	57
2. Efectos	60
IV. EL <i>FUMUS BONI IURIS</i> Y EL DERECHO DE AMPARO	68
A. La Necesidad de Appreciar el <i>Fumus</i> y la Fracción X del Artículo 107 Constitucional	68
B. La Suspensión con Efectos de Amparo Provisional	74
C. La Nueva Jurisprudencia	81
1. Las sentencias	82
2. El debate	90
3. Las tesis	94
V. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA	99
A. En México	99
B. Derecho Comparado	102
1. La sentencia <i>Factortame</i> de 19 de Junio de 1990	102
2. La recepción del <i>fumus</i> en España	108
3. Italia y Francia	114
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	
APÉNDICES	



## INTRODUCCIÓN

Hace poco más de tres años, en el mes de marzo de 1996, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció respecto de dos contradicciones de tesis, originando con ello dos nuevas tesis de jurisprudencia, que han venido a sacudir el viejo sistema para la concesión de la suspensión de los actos reclamados en el juicio amparo, y a nuestro parecer, pudieran colaborar en el mejoramiento general de las medidas cautelares y con ello del sistema de impartición de justicia de nuestro país.

La nueva jurisprudencia se refiere a la apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris* en su expresión latina, y más concretamente, a la posibilidad de su aplicación a la suspensión como condicionante de procedencia; es un intento, apoyado en la doctrina procesal internacional existente sobre las medidas cautelares -en la que se ubica al *fumus* como el requisito troncal para el otorgamiento de una providencia de esa especie-, de hacer posible la concesión de la medida suspensiva del amparo en supuestos en los que tradicionalmente se ha venido negando, sobre la base de los requisitos legales y jurisprudenciales de que se le ha rodeado.

La apariencia de buen derecho, como condicionante de las medidas cautelares en el Derecho Procesal, implica que el juzgador deba analizar de manera provisoria y en orden a conceder o negar la medida cautelar solicitada, si de acuerdo con los elementos con que cuente en el momento procesal correspondiente, el que la pide *parece* o no tener la razón, o mejor, el derecho, de modo que sea más o menos probable que obtenga una sentencia de fondo favorable; en el ámbito de la suspensión implica, pues, que el juez de amparo

analice si el acto reclamado parece o no inconstitucional, independientemente de lo que se diga al respecto al resolverse el mérito de la controversia.

Con el presente trabajo, que no es sino una modesta aproximación al tema, se pretende demostrar la pertinencia de la sujeción de la institución suspensiva del amparo a la apariencia de buen derecho del quejoso, en aras de perfeccionar su efectividad, ello con el ánimo de que el avance conseguido por la vía jurisprudencial se consolide por medio de una reforma legislativa que establezca claramente el campo de acción del *fumus*, y que además reconozca la existencia de otras medidas cautelares, que no sólo suspendan la ejecución de los actos reclamados, sino que puedan avanzar sobre la situación preexistente.

Para el desarrollo del tema se parte por precisar, en el primer capítulo, los conceptos de amparo y suspensión, haciendo particular énfasis en su objeto e importancia, especialmente en la materia administrativa, ámbito en el que la apreciación del *fumus* se exige de manera singular, dados los privilegios formales con que cuenta la actuación de las autoridades, lo que provoca que la obtención de la suspensión sea prácticamente tan importante como la del amparo mismo. En el segundo capítulo, por su parte, se pretende hacer una síntesis de los requisitos a los que tradicionalmente se ha venido condicionando la procedencia de la medida suspensiva, completando con ello el panorama al que se enfrenta el juzgador en orden a resolver sobre la suspensión de los actos reclamados, pero sobre todo, al que se somete el quejoso que requiere de la protección provisional de la Justicia Federal a fin de no perder irreparablemente el derecho lesionado.

Enseguida, en el capítulo III, tras estudiar las medidas cautelares y explicar el sentido de la apariencia de buen derecho como condicionante de las mismas, se intenta precisar la naturaleza jurídica de la suspensión de los actos

reclamados en el amparo, en razón de que para la aplicación del *fumus* a dicha institución adjetiva parece necesario determinar primero si comparte el género de las medidas cautelares; posteriormente se pretende determinar la clase de efectos que la suspensión es capaz de producir, puesto que la aplicación que la Corte ha permitido para la apariencia de buen derecho en el amparo parece relacionarse con actos que exigen la destrucción o sustitución de sus efectos, no sólo su paralización.

Posteriormente, en el cuarto capítulo, se hace referencia al fundamento constitucional que la Corte buscó para sostener la nueva jurisprudencia, así como a la doctrina de don Ricardo Couto, cuyas ideas fueron recogidas en las ejecutorias correspondientes, mismas que se analizan enseguida, junto con el debate y las tesis resultantes.

Finalmente, en el último capítulo del trabajo se presentan los avances que en el ámbito de la justicia administrativa (tanto en México como en el extranjero) se han obtenido no sólo por cuanto a la aplicación del *fumus* a la suspensión de los actos de autoridad impugnados por los particulares, sino por cuanto a la admisión de otras medidas cautelares cuyos efectos superen la simple paralización de los efectos del acto atacado de arbitrario.

## I. GENERALIDADES

En este primer capítulo se presenta al lector una breve referencia a los conceptos de amparo y suspensión de los actos reclamados dentro del mismo, intentando precisar el objeto e importancia social de tales instituciones; asimismo, se hace referencia a la clasificación tradicional de la institución suspensiva del amparo y a las especiales condiciones a las que se enfrenta la suspensión en materia administrativa, todo con el ánimo de dejar sentadas las bases para el estudio central de este trabajo de investigación.

### A. El Juicio de Amparo.

Han sido muy numerosos los intentos de los doctrinistas mexicanos por definir al también llamado "juicio de garantías", si bien hasta la fecha, no existe concordancia siquiera mayoritaria respecto de los elementos que deban necesariamente incluirse en la formulación del concepto.

Don Ignacio L. Vallarta formuló hace ya más de cien años el siguiente:

El amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquiera categoría que sea, o para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente.<sup>1</sup>

La definición que se transcribe, no obstante su antigüedad, parece todavía vigente, salvo desde luego las apreciaciones que pueden hacerse en

---

<sup>1</sup> *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, México, Imp. de J. J. Terrazas, 1896, Tomo Quinto, p. 39.

virtud de la evolución que ha tenido el propio amparo en su regulación positiva.

Una definición desde luego más acorde con la realidad del juicio de amparo de nuestros días la aporta el maestro Alfonso Noriega Cantú:

El amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales, de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene como materia las leyes o actos de la autoridad que violenten las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.<sup>2</sup>

Como se ha dicho, muchas son las definiciones que se han propuesto, como muchos los criterios utilizados para su construcción; ahora bien, cuestión especialmente debatida ha sido la relativa a si el amparo tiene naturaleza de *proceso*, de *procedimiento*, de *juicio* o de *recurso*. No siendo desde luego materia de este estudio el dilucidar con amplitud dicha controversia, nos limitaremos a señalar que mayoritariamente se inclina la doctrina por ubicar al amparo como proceso jurisdiccional,<sup>3</sup> y como juicio,<sup>4</sup> en oposición a recurso; respecto de esto último, algunos refieren que en el supuesto del amparo directo o uni-instancial, en razón de su procedencia, teleología y substanciación procesal, se está en

---

<sup>2</sup> *Lecciones de Amparo*, México, Porrúa, 1993, Tomo I, p. 58.

<sup>3</sup> Alcalá-Zamora distingue proceso y procedimiento diciendo que mientras aquél se caracteriza por su finalidad compositiva del litigio, éste se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo (Niceto Alcalá Zamora. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, citado por Cipriano Gómez Lara en *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1990, p. 290.).

<sup>4</sup> Si bien se utiliza con frecuencia el término juicio como sinónimo de proceso, algunos autores, como Cipriano Gómez Lara, lo constriñen a la etapa de éste en la que se dicta la sentencia.

realidad en presencia de un recurso extraordinario, similar a la casación. La actual ley reglamentaria de la materia y desde luego la Constitución, se refieren al amparo como juicio.

Ahora bien, el artículo 103 de nuestra Constitución vigente, dispone:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III.- Por leyes o actos de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

De la lectura del precepto transcrito se desprende que por el juicio de amparo se preserva únicamente lo dispuesto por los artículos constitucionales relativos a las garantías individuales, así como por los referentes a la demarcación de competencias entre las autoridades federales y locales (arts. 73, 74, 76, 79, 89, 103, 104, 105, 106, 117, 118, y 124); con base en ello, pudiera decirse que el amparo es un sistema parcial de defensa de la Constitución. No obstante, con motivo de la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 constitucionales, resulta tutelada la Constitución en su totalidad, lo que lleva a algunos a estimar al amparo como sistema integral de defensa de la Constitución.

Debe recordarse que según se desprende de la estructura general del amparo contenida en los artículos 103 y 107 de la Constitución y en su ley

---

(*Ibid.*, p. 139).

reglamentaria, así como de la jurisprudencia, para la procedencia del amparo resulta siempre indispensable la afectación a la esfera jurídica del particular (sin olvidar que las personas morales oficiales pueden pedir el amparo cuando se encuentran sometidas a la legislación que regula las relaciones entre particulares, es decir, sólo cuando actúan en un plano de coordinación con éstos); la necesidad de un *perjuicio* se entiende con facilidad para el primer supuesto del artículo 103 transcrito, pero desde luego también aplica para el relativo a la invasión de competencias, al que se refieren las fracciones II y III.

De lo anterior se desprende que el objeto del amparo mexicano radica en la protección de la esfera jurídica del particular en los dos supuestos previstos por el artículo 103 constitucional, es decir, la violación de garantías por leyes o actos de autoridad y la invasión de competencias, de los cuales el primero resulta desde luego el más importante, siendo de hecho la razón de ser de la institución, y que por ello ha motivado que al amparo se le llame, según ha quedado dicho, "juicio de garantías". Ahora bien, como se ha explicado, debido a la garantía de legalidad resulta tutelada la Constitución en su totalidad, lo que se constituye en una finalidad paralela del amparo (control de la constitucionalidad).

Se puede concluir en que si por "sistema integral de defensa de la Constitución" se entiende que ésta es protegida en todo su contenido, puede decirse que el amparo reviste tal categoría; si en cambio, por tal calificativo se entiende que se protege a la Constitución en cualquier supuesto, entonces el amparo no tiene tal calidad, puesto que la tutela constitucional sólo se da en éste en tanto se persigue el objetivo de preservar la esfera jurídica del quejoso.

Valga apuntar que también por efecto de la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 constitucionales, por el amparo resulta

protegida la legislación secundaria, ello en virtud de que la violación de ésta se traduce en violación de la Constitución (control de la legalidad).

Finalmente, y en orden a advertir la importancia del amparo, que sin lugar a dudas constituye la aportación jurídica más trascendente que ha hecho México a la comunidad internacional, y es a la vez un instrumento fundamental en la impartición de justicia y por ende en el sostenimiento del Estado de Derecho en nuestro país, debe reflexionarse en el hecho de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales resultaría insuficiente y nugatorio de no contarse con un instrumento adjetivo que asegurara coactivamente el respeto efectivo de las garantías individuales.

#### **B. La Suspensión de los Actos Reclamados.**

La tramitación del amparo, como la de todos los procesos jurisdiccionales, requiere necesariamente de tiempo para llevarse al cabo de conformidad con la normatividad procedimental aplicable, y sobre todo, para ajustarse a las garantías con que debe seguirse todo proceso legal; por ello, sin embargo, como advierte el Ministro Góngora Pimentel,<sup>5</sup> la justicia pronta y expedita contemplada en el artículo 17 constitucional llega muchas veces demasiado tarde, perdiendo con ello su efectividad, y es que, como advierte, la sentencia finalmente obtenida sólo produce frustración en el quejoso, quien tras alcanzar la certeza de su derecho, se encuentra también con la certeza de que no se le podrá reintegrar en el goce del mismo. Sobre el particular se reflexiona en un proverbio inglés: *justice delayed is justice denied*.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Genaro D. Góngora Pimentel. *La Suspensión en Materia Administrativa*, México, Porrúa, p. 152.

<sup>6</sup> En el ámbito del Derecho europeo se habla de *le délai raisonnable* para referirse a la duración máxima de los juicios; el Tribunal de Estrasburgo, con fundamento en dicho concepto, ha



En este orden de ideas se advierte con facilidad la importancia que para la efectividad del juicio de garantías tiene su institución suspensiva, cuyo objeto primordial lo constituye la preservación de la materia del juicio, de manera que al llegarse el momento de ejecutar la sentencia que resuelva el fondo de la controversia, esto es, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, ello pueda realizarse plenamente, cumpliendo cabalmente con las aspiraciones del quejoso que ha obtenido la protección de la Justicia Federal y con las finalidades propias del juicio de amparo, lo que no sucedería si se permitiera la consumación irreparable del acto que se reclama de inconstitucional.

Además de la finalidad esbozada, de acuerdo con el régimen legal vigente, en el caso de la suspensión a petición de parte, misma que será objeto de nuestro estudio (particularmente en tratándose de amparo indirecto), se persigue el objetivo paralelo de evitarle al quejoso los daños y perjuicios de difícil reparación que pudiera causarle la ejecución del acto del que se duele, ello en concordancia con las palabras de Chiovenda: "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón". Por último, algunos autores señalan otras finalidades que a su juicio se consiguen con la institución que se comenta (*v. gr.* la protección del interés social y el orden público, el garantizar los daños y perjuicios que al tercero perjudicado le pudieran derivar por la concesión de la medida, etc.), mismas que en realidad no representan sino disposiciones accesorias a la suspensión, que tutelan intereses diversos al del objeto de ésta en sí.

Carlos Arellano García define a la suspensión de la siguiente manera: "...es la institución jurídica en cuya virtud, la autoridad competente para ello, ordena detener temporalmente la realización del acto reclamado en el juicio de

---

estimado violatoria de derechos humanos la dilación de un juicio por dos años.

amparo hasta que legalmente se puede continuar o hasta que se decrete la inconstitucionalidad del acto reclamado en sentencia ejecutoria.”<sup>7</sup>

Del concepto propuesto desprende su autor los siguientes elementos:

a) Que se trata de una institución jurídica; no precisa el autor de marras la naturaleza jurídica particular de la medida suspensiva del amparo, cuestión a la que se hará referencia más adelante en este trabajo.<sup>8</sup>

b) Que aunque prevista legalmente, requiere desde luego de una determinación de la autoridad competente que la decrete.

c) Que la autoridad, al decretarla, ordena que se detenga la realización del acto reclamado; de lo anterior se desprende el principio tradicionalmente aceptado de que la suspensión no puede producir efectos restitutorios, de manera que sólo detiene la ejecución del acto reclamado pero no destruye los efectos ya producidos por éste, lo que sólo puede lograrse mediante la sentencia definitiva, según se señala en la siguiente jurisprudencia:

SUSPENSION, EFECTOS DE LA. Los efectos de la suspensión consisten en mantener las cosas en el estado que guardaban al decretarla, y no en el de restituirlas al que tenían antes de existir el acto reclamado. Lo que sólo es efecto de la sentencia que concede el amparo en cuanto al fondo.<sup>9</sup>

d) Que la detención de la realización del acto reclamado es temporal, siendo que la paralización definitiva sólo la puede producir la sentencia de

---

<sup>7</sup> *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1983, p. 878.

<sup>8</sup> Véase cap. III.

<sup>9</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo I, junio de 1995, Tesis VI.2o. J/12, p. 368.

amparo; sobre este particular valga anticipar la precisión que realiza don Ricardo Couto, al diferenciar los efectos de la suspensión y los del amparo en el sentido de que mientras la primera se dirige sobre la ejecución del acto reclamado, el segundo incide sobre el acto en sí, nulificándolo.<sup>10</sup>

e) Que la suspensión se produce durante la tramitación del juicio de amparo, esto es, nunca antes de que inicie su tramitación y nunca después de que cause ejecutoria la sentencia definitiva dictada.

f) Que se dice “hasta que legalmente se pueda continuar”, en virtud de que ello no necesariamente coincidirá con la fecha en que se dicte la sentencia definitiva.

Para concluir con la caracterización tradicional de la institución suspensiva del amparo, a los elementos anteriormente señalados habría que añadir uno de fundamental importancia, y consistente en el añejo criterio de que para conceder la suspensión no debe estudiar el juzgador cuestiones relativas al fondo del asunto, según se desprende de la siguiente jurisprudencia, iniciada en el año de 1935:

SUSPENSIÓN, MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO. Al resolver sobre ella no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo.<sup>11</sup>

Valga anticipar que el alcance y vigencia de este último criterio, así como del relativo a los efectos de la suspensión, serán estudiados más adelante en el

---

<sup>10</sup> *Tratado Teórico-Práctico de la Suspensión en el Amparo*, México, Porrúa, 1983, p. 230.

<sup>11</sup> Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Apéndice 1985*, Parte VIII, Sección Común, Tesis 310, p. 515. Nota: en los Apéndices al Semanario Judicial de la Federación a los Tomos de Quinta Epoca y en los de 1917-1954, de 1917-1965 y de 1917-1975 la tesis aparece con

desarrollo del tema central de este trabajo.

Finalmente, si como refiere Juventino V. Castro, el amparo es una forma de cuestionar el uso del poder, siguiendo al mismo autor, la suspensión es el instrumento que paraliza provisionalmente la fuerza del poder público,<sup>12</sup> cuya trascendencia se advierte al considerar, como lo hace Couto, que "...en atención a ella, un acto reclamado contra cualquiera de las autoridades de la República, así sean las más altas en jerarquía, queda sin ejecución mediante la orden de un juez de Distrito, o aun de un simple juez de paz, un alcalde o un conciliador, cuando actúan en auxilio de la justicia federal..."<sup>13</sup>

### C. Clases de Suspensión.

#### 1. La suspensión de oficio.

Esta forma de suspensión, como su propio nombre lo indica, es la que se concede por la autoridad competente de manera oficiosa, sin que exista solicitud al efecto por parte del interesado. Sus orígenes se remontan al artículo 11 de la ley reglamentaria de la materia de 1882, siendo aportación de don Ignacio L. Vallarta.

En el caso del amparo indirecto o bi-instancial, los supuestos de procedencia del tipo de suspensión en comento se prevén en la primera parte del artículo 123 de la Ley de Amparo:<sup>14</sup>

---

el rubro: "SUSPENSION".

<sup>12</sup> *La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo*, México, Porrúa, 1998, p. 15.

<sup>13</sup> *Ob. cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> Aunque no es materia de este estudio, valga apuntar que en el art. 233 de la Ley de Amparo se contempla otro supuesto de suspensión de oficio, relativo al amparo en materia agraria.

Procede la suspensión de oficio:

- I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;
- II. Cuando se trate de algún otro acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

Del texto transcrito se desprenden dos diversas motivaciones que llevarán al legislador a establecer la suspensión oficiosa:<sup>15</sup>

Por una parte, se consideran para la aplicación de la norma aquellos actos cuya ejecución impediría restituir al quejoso en el goce de la garantía individual violentada, de darse el caso de que obtuviera la protección de la Justicia Federal, ello en virtud de su propia naturaleza; lo anterior se explica con claridad en los supuestos de privación de la vida, mutilación, infamia, marcas, azotes, palos y tormento.

Ahora bien, respecto de supuestos como la deportación, el destierro o la multa excesiva, el criterio anterior no justificaría la procedencia de la suspensión de oficio, siendo que en ellos no se actualiza tal imposibilidad de reparación; en estos casos el régimen suspensivo parece obedecer únicamente a la especial gravedad que para el legislador representaban dichas conductas, cuya consumación buscó impedir de manera particularmente eficaz.

De conformidad con el penúltimo párrafo del precepto citado, la suspensión en estos casos debe decretarse de plano, en el propio auto admisorio del libelo de garantías, y debe comunicarse por telegrama a la autoridad

---

<sup>15</sup> Alfonso Noriega Cantú. *Ob. cit.*, Tomo II, p. 1016.

responsable para su cumplimiento inmediato. Valga apuntar que de acuerdo con el artículo 199 de la Ley de la materia, el juez de Distrito o en su caso la autoridad que conozca del juicio de amparo o del incidente respectivo, que no suspenda el acto reclamado en tratándose de actos que impliquen peligro de privación de la vida o de cualesquiera de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, en el caso de que el acto se ejecutara, comete un delito.

También en el otro tipo procedimental del amparo, el directo o uni- instancial, se contempla la suspensión de oficio, esto únicamente en el caso de que el acto reclamado sea una sentencia definitiva en materia penal; la suspensión debe decretarla de plano la autoridad responsable.

## **2. La suspensión a petición de parte.**

Como se desprende del artículo 122 de la Ley de Amparo, existe además de la de oficio, otra especie de suspensión, misma que se concede a petición de la parte agraviada y que se ordena hacia una finalidad específica y consistente en evitar al quejoso los daños y perjuicios de difícil -o imposible- reparación que pudieran ocasionársele con la ejecución del acto reclamado.

Esta especie de suspensión, también llamada *ordinaria*, aplica en el caso del amparo indirecto para todos aquellos supuestos que no encuadren en la hipótesis legal contenida en el artículo 123 ya comentado, según se desprende del primer párrafo del artículo 124 de la propia Ley de Amparo.

La concesión de la suspensión a petición de parte (definitiva) está sujeta a una serie de requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia, a saber:<sup>16</sup>

a) Que una vez conocida la certeza de los actos reclamados, su naturaleza permita su paralización por la suspensión (requisitos naturales);

b) La satisfacción de los extremos del artículo 124 de la Ley de Amparo (requisitos legales); y

c) Aquellos que el quejoso que ha obtenido la concesión de la suspensión de los actos de que se duele, debe llenar para que la medida suspensiva surta sus efectos (requisitos de efectividad).

Ahora bien, la tramitación de la suspensión a petición de parte se lleva al cabo en forma incidental, en razón desde luego de la naturaleza accesoria de la cuestión a resolver respecto de la principal debatida en el juicio, accesoriidad que se advierte en primer lugar en el hecho de que no puede solicitarse la suspensión sin antes haber presentado una demanda de amparo (siendo factible el supuesto inverso), y en segundo término, en que la resolución que concede la suspensión queda supeditada a la sentencia definitiva del juicio.

El incidente se inicia con la petición formulada por el quejoso, que bien puede contenerse en la propia demanda de amparo o realizarse posteriormente, hasta antes de que se dicte sentencia ejecutoria; en el auto inicial, el juzgador, tras tener al quejoso solicitando la suspensión de los actos reclamados y ordenar la formación del incidente respectivo, requerirá a las autoridades responsables para que rindan su informe previo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que se les notifique el auto, señalando además fecha para el desahogo de la audiencia incidental (además, en su caso, resolverá lo que corresponda respecto de la suspensión provisional, a la que nos referiremos un poco más adelante); por cuanto al informe previo, debe limitarse a la manifestación por

---

<sup>16</sup> C. fr. cap. s.

parte de las autoridades responsables respecto de la certeza de los actos reclamados, pudiendo además verter razonamientos sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión solicitada. Finalmente, rendido o no el informe (con sus respectivas consecuencias por cuanto a carga probatoria se refiere<sup>17</sup>), se celebrará la audiencia incidental dentro de las setenta y dos horas siguientes al fenecimiento del término conferido a las responsables para la rendición del mismo, en sus tres etapas, probatoria, de alegatos y de resolución.

Por último, valga apuntar que en el amparo directo, en tratándose de las materias civil o mercantil, administrativa y aun laboral, también se prevé la suspensión a petición de parte, aplicándose en lo fundamental los mismos requisitos que los exigidos en amparo indirecto, salvo lo dispuesto en los artículos 174, 175 y 176 de la Ley de la materia. Debe señalarse desde luego que la suspensión en este supuesto no se tramita como un incidente del juicio de amparo, sino que forma parte del procedimiento de ejecución del fallo impugnado, siendo del conocimiento de la autoridad responsable.

### **3. Suspensiones provisional y definitiva.**

Por último en este apartado, hemos de referirnos a una subclasificación de la suspensión a petición de parte sólo existente en tratándose del amparo bi- instancial.

La suspensión provisional es aquélla que puede decretarse en el propio auto inicial del incidente de suspensión en amparo indirecto, y recibe el calificativo de “provisional” en virtud de que subsiste en tanto es dictada la interlocutoria que resuelva el incidente. El supuesto de procedencia se encuentra previsto en el artículo 130 de la Ley de Amparo:

---

<sup>17</sup> Véase cap. II-A-1.



En los casos en que proceda la suspensión conforme al artículo 124 de esta ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el Juez de Distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible...

Como se ve, si bien el juzgador debe ajustarse al análisis de los extremos marcados por el legislador, se deja a su prudente criterio el determinar *prima facie* en qué casos la ejecución del acto pudiera lesionar el interés social o disposiciones de orden público, o bien exista peligro inminente de ejecución con “notorios” perjuicios para el quejoso. Sobre el particular comenta don Fernando Vega:

Cuando una regla depende en gran parte del criterio judicial, cuando el prudente arbitrio desempeña un papel importante, hasta el punto de suplir el silencio del Legislador, es racionalmente imposible dar reglas absolutas...

La potestad conferida al Juez de Distrito, de suspender provisionalmente los actos reclamados, es de esa naturaleza; su fuente principal está en el criterio, que es su regulador único. Es de aquella clase de materias en que el Legislador confía más bien en la conciencia del juez y en su buen sentido práctico, que en su penetración propia. El autor de una ley o de un precepto general no tiene la doble vista suficiente para abarcarlo todo, ni sus ojos son los de un Panopteo, o de un Argos.<sup>18</sup>

Por cuanto a los efectos de la suspensión provisional, los mismos se

---

<sup>18</sup> Fernando Vega. *La Nueva Ley de Amparo*, citado por Ignacio Burgoa en *El Juicio de Amparo*,

encuentran descritos en la parte transcrita del artículo 130, que los hace consistir en mantener las cosas en el estado en que se encuentren, además de facultar al juez de Distrito, por otra parte, para tomar las medidas pertinentes en orden a no defraudar derechos de terceros y evitar perjuicios a los interesados.

En este orden de ideas, se llama suspensión definitiva a aquella que se concede por virtud de la sentencia interlocutoria que resuelve el incidente de suspensión, mismo que ha quedado comentado en el inciso que precede, y a cuyas consideraciones nos remitimos en obvio de repeticiones inútiles.

#### **D. Exigencias para la Suspensión en Materia Administrativa.**

Volviendo a lo comentado líneas arriba respecto de la dilación característica de los procesos jurisdiccionales -y entre ellos del amparo-, debe señalarse que en la materia administrativa ello reviste una especial importancia en razón de la presunción de legitimidad (o de legalidad) de los actos administrativos, regla general y básica de esa disciplina jurídica especial, además del privilegio que significa su ejecutividad, características ambas que constituyen prácticamente un dogma en nuestros días.

Al respecto comenta el español García de Enterría<sup>19</sup> que la autoridad administrativa se ampara frecuentemente en sus privilegios formales para sostener injusticias de fondo, tratando de agotar a los particulares habida cuenta de la extraordinaria duración de los procesos que tienen que seguir y sufrir. Por su parte, su paisana Carmen Chinchilla Marín<sup>20</sup> reflexiona en el sentido de que

---

México, Porrúa, 1994, p. 782.

<sup>19</sup> Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, p. 176.

<sup>20</sup> *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 135.

la excepción tradicional a la autotutela de la Administración,<sup>21</sup> consistente en la suspensión de sus actos frente a la posible producción de daños de imposible o difícil reparación para el particular, resulta insuficiente para garantizar una tutela judicial efectiva, por lo que sostiene la necesidad de un cambio legislativo y jurisprudencial en su país, cuya realidad jurídica en la materia es por cierto muy similar a la nuestra.

Así pues, algunos se han preguntado quién debe soportar la duración de los procesos, advirtiendo que evidentemente la misma resulta especialmente injusta para quien tiene la razón, ante lo cual se ha propuesto como solución a la tutela cautelar concedida sobre el criterio de la apariencia de buen derecho, según se estudiará más adelante.

Finalmente valga decir que el panorama descrito, aunado a la extrema dificultad que en muchas ocasiones encuentra el quejoso para obtener la suspensión del acto reclamado, lo que puede traducirse en la infuncionalidad del juicio, ha motivado en opinión de algunos un auténtico *decaimiento del amparo en materia administrativa*.

---

<sup>21</sup> El término "Administración" es utilizado en algunos países para referirse al Poder Ejecutivo.

## II. REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN A PETICIÓN DE PARTE

En este apartado se abordará el estudio de los extremos que tradicionalmente ha venido analizando el juzgador en orden a decidir sobre la concesión o negativa de la medida suspensiva a petición de parte agraviada en el amparo tramitado en dos instancias, haciéndose además una breve alusión a los requisitos relativos a la producción de sus efectos, ello con el ánimo de dejar sentado el panorama al que se ha venido a enfrentar el nuevo criterio jurisprudencial del año 1996, mismo que constituye el motivo principal de este trabajo de investigación.

### A. Requisitos de Procedencia.

En esta clasificación se agrupan aquellas condicionantes que deben pues actualizarse, en orden a la concesión de la suspensión definitiva.

#### 1. Certeza de los actos reclamados.

Debe recordarse que de conformidad con el artículo 132 de la Ley de Amparo, el informe previo rendido por las autoridades responsables "se concretará a expresar si son o no ciertos los hechos que se atribuyen a la autoridad que lo rinde, y que determinen la existencia del acto que de ella se reclama", lo que conlleva a las siguientes posibilidades:

a) En el caso de que no se rinda dicho informe, conforme al último párrafo del artículo 132 de la Ley de Amparo, se genera la presunción de ser ciertos los actos reclamados, desde luego para el solo efecto de la suspensión, por lo que el quejoso quedará relevado de la prueba de certeza, si bien en el

procedimiento de fondo conserva la carga de la prueba en dicho aspecto;

b) Rendido el informe, se pueden dar a su vez dos supuestos:

i) Que la autoridad responsable manifieste la existencia de los actos reclamados, en cuyo caso la procedencia de la suspensión dependerá de la satisfacción del resto de los requisitos;

ii) Que la responsable niegue la existencia de los actos que se le reclaman, generándose en este caso para el quejoso la obligación de acreditar lo contrario en la audiencia incidental, valiéndose para ello de los medios de prueba admitidos por el artículo 131 de la Ley de Amparo.<sup>22</sup>

## 2. Requisitos naturales.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito ha realizado a través de los años una clasificación de los actos reclamados en el amparo, en orden a su aplicación para la solución de problemas prácticos relativos a diversas cuestiones, tales como la procedencia misma del juicio, la carga de la prueba, los efectos de la sentencia de fondo y finalmente, la procedencia y efectos de la suspensión.

Las clasificaciones realizadas se agrupan en torno a criterios tales como el autor del acto, la realidad del mismo, su naturaleza, el tiempo en que se desarrollan sus efectos y la voluntad del destinatario.<sup>23</sup> Para efectos de este estudio, únicamente nos referiremos a las clasificaciones de los actos atendiendo

---

<sup>22</sup> C. fr. *Apéndice al Tomo CXVIII*. Tesis 571. Tesis 120 de la *Compilación 1917-1965*, y Tesis 118 del *Apéndice 1975, Materia General*. (Tesis 173 del *Apéndice 1985*).

a su naturaleza y al tiempo en que se desarrollan sus efectos, dada la importancia de su aplicación en relación con nuestro tema.

Por su naturaleza, los actos se dividen en:

a) Declarativos. Son aquéllos que únicamente evidencian una situación jurídica determinada, sin que modifiquen situaciones o derechos preexistentes.<sup>24</sup>

Dentro de estos, los que no resultan meramente declarativos (contra los cuales no procede el amparo) sino que sí producen una afectación en la esfera jurídica del quejoso (lo que desde luego se determinará hasta el dictado de la sentencia de fondo), se subclasifican en:

i) Simplemente declarativos. Quedan ejecutados desde el momento de su realización (la declaración), habiendo sostenido la Corte que contra ellos la suspensión es improcedente, partiendo de la idea de que concederla equivaldría a darle efectos restitutorios y estimando que ello le corresponde a la sentencia que resuelva el amparo.<sup>25</sup>

ii) Declarativos con principios de ejecución. Los que siendo declarativos, llevan un principio de ejecución, sentando la Corte que contra ellos sí procede la suspensión.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> José de J. Gudiño Pelayo. *Introducción al Amparo Mexicano*, México, Iteso-UdeG, 1993, p. 150 y ss.

<sup>24</sup> Quinta Época, Tomo LIX, p. 500, Luengas Luis G. testamentaria y coag. Relacionada con *Apéndice 1917-1988*, Segunda Parte, p. 114, Tesis 68.

<sup>25</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XXI, p. 1157.

<sup>26</sup> La tesis correspondiente apareció publicada con el número 68, en *Apéndice 1917-1988*,

b) Positivos. Son aquéllos que contienen una orden o una prohibición. A ellos se refiere el Ministro Genaro Góngora Pimentel como aquellos que “se traducen en un hacer de las autoridades, voluntario y efectivo, que se presenta con la imposición de obligaciones al individuo...y que implica una acción, una orden, una privación o una molestia”.<sup>27</sup> Contra ellos la Suprema Corte ha estimado procedente la suspensión.

i) Prohibitivos. Fijan una limitación, considerando la Corte que ello implica efectos positivos y que procede la suspensión.<sup>28</sup>

c) Negativos. Pese a algunas tesis que difieren, se incluye en este rubro tanto a los actos en los que la autoridad se abstiene de resolver la petición del particular (omisivos), como aquéllos en los que rehusa expresamente a conceder al quejoso lo que solicita. Contra ellos ha estimado la Corte que no procede conceder la suspensión, razonando que ello equivaldría a darle efectos restitutorios, propios de la sentencia que se pronuncie en el principal.<sup>29</sup>

i) Negativos con efectos positivos. Se dice que contra ellos sí procede la suspensión.<sup>30</sup>

Por el tiempo en que desarrollan sus efectos, los actos reclamados se clasifican en:

a) Pasados o consumados. Aquéllos que han surtido todos sus efectos.

---

Segunda Parte, p. 114.

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, p. 46.

<sup>28</sup> Quinta Época, Tomo XXVIII, p. 1731. Mexican Sinclair Petroleum Corporation.

<sup>29</sup> La tesis correspondiente aparece publicada con el número 77, *Apéndice 1917-1988*, Segunda Parte, p. 126.

i) Consumados irreparablemente. Definidos por la Corte como aquéllos cuyos efectos no pueden hacerse desaparecer para volver las cosas al estado previo a la violación. Contra ellos no procede el amparo, en los términos del artículo 73, fracción IX, de la Ley.

ii) Consumados de un modo reparable. Contra los mismos se ha dicho que sí procede el amparo, pero no la suspensión, siguiendo el mismo criterio que en los casos anteriores, en el sentido de que sólo es suspendible lo que es ejecutable, de manera que de concederse la suspensión ello equivaldría a darle efectos restitutorios, propios de la sentencia de fondo.<sup>31</sup>

b) Presentes. La doctrina (y no la jurisprudencia) se refiere a ellos como aquéllos que al presentarse la demanda de garantías se encuentran produciendo sus efectos, al menos parcialmente.

i) Instantáneos. Sus efectos se consuman en un solo momento. Procede la suspensión.

ii) Continuos, de tracto sucesivo y continuados. Sobre estas tres denominaciones se han producido interpretaciones en todos los sentidos, de modo que *v. gr.*, en algunas ejecutorias se ha identificado a los de tracto sucesivo con los continuados,<sup>32</sup> en otras con los continuos,<sup>33</sup> en otras más a los continuos y continuados entre sí, frente a los de tracto sucesivo,<sup>34</sup> etc. En todo caso, se advierte la existencia de tres diferentes tipos de actos: aquéllos cuya

---

<sup>30</sup> Tesis No. 76, *Apéndice 1917-1988*, Segunda Parte, p. 124.

<sup>31</sup> Tesis No. 64, *Apéndice 1917-1988*, Segunda Parte, p. 109.

<sup>32</sup> Tesis No. 67, *Apéndice 1917-1988*, Segunda Parte, p. 112.

<sup>33</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo I, p. 750.

<sup>34</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-2, p. 704.



ejecución implica la realización de una pluralidad de acciones dirigidas a un sólo fin (a los que normalmente suele calificarse como de tracto sucesivo), aquéllos cuya consumación se prolonga en el tiempo y aquéllos otros que ejecutados plenamente, producen un estado jurídico determinado.

La Corte ha dicho que procede la suspensión únicamente por cuanto a los efectos que aún no se realizan.

c) Futuros. En este rubro se incluyen dos tipos de actos:

i) Inciertos o probables. Son aquellos actos que aún no se producen, por lo que ante la ausencia lógica de afectación a la esfera jurídica del particular (perjuicio), el amparo es improcedente.

ii) Inminentes. En este caso existe un acto, sólo que aún no es ejecutado, o bien el acto violatorio es una consecuencia necesaria del existente, por lo que se dice sí proceden el amparo y la suspensión.

### **3. Requisitos legales.**

Son los contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo:

...la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el agraviado;

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considerará, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el

comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza; o se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

III. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

A continuación examinaremos el sentido y alcance de cada uno de ellos:

a) La solicitud del quejoso.

Siendo que los requisitos cuyo estudio nos ocupa se refieren a la suspensión a petición de parte, obvio resulta que lo primero que se requiere es precisamente que se formule tal petición por parte del quejoso, la cual, como ya ha quedado dicho, puede hacerse en el mismo escrito de demanda o bien durante la tramitación del juicio, mientras no haya causado ejecutoria la sentencia definitiva (artículo 141 de la Ley de Amparo).

b) No contravención a normas de orden público.

La determinación del concepto de "orden público" ha ocupado a la doctrina jurídica en general, constituyéndose en un tema de especial discusión y poca convergencia; para los efectos del juicio de amparo, la precisión de dicha noción, y en consecuencia de lo que por "disposiciones de orden público" debe entenderse, es más que un problema teórico, de gran importancia por lo que se refiere a la aplicación práctica de dichos conceptos, siendo que el juzgador se

debe enfrentar diariamente a la disyuntiva de conceder o negar las suspensiones que se le solicitan, considerando, entre otras cosas, como lo exige el artículo que se comenta, si existe alguna disposición de orden público que resultaría violentada de concederse la providencia solicitada.

Pues bien, ni la legislación ni la jurisprudencia han logrado proporcionar un criterio general e invariable conforme al cual se pueda determinar cuándo una norma es de orden público, de manera que a lo más que se ha llegado es a establecer casuísticamente determinados supuestos respecto de los cuales se ha concluido debe negarse la suspensión definitiva por tales motivos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ende, ha dejado a los jueces de Distrito la labor de determinar, en cada caso concreto de su conocimiento, si se actualiza o no el requisito de marras, estimando inclusive que el hecho de que una ley se autocalifique como de orden público no necesariamente implica que así sea en realidad; así, fuera de los casos previstos por la propia Ley de Amparo (segundo párrafo de la fracción II del artículo 124) y de aquéllos respecto de los que se ha pronunciado la jurisprudencia, el juzgador habrá de decidir si existe o no contravención a alguna disposición de orden público partiendo del análisis particular del asunto en presencia y de su propia idea respecto de lo que por “orden público” debe entenderse.

Valga pues hacer referencia a algunos de los conceptos que sobre el orden público y leyes o normas de orden público ha producido la doctrina; en el Diccionario Jurídico Mexicano, Rolando Tamayo y Salmorán se refiere al orden público en los siguientes términos : “en un sentido técnico, la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen al derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos...ni por la

aplicación del derecho extranjero.”<sup>35</sup>

Asimismo, refiere Tamayo y Salmorán que partiendo de la interpretación de Savigny a los textos romanos,<sup>36</sup> la doctrina contemporánea entiende por orden público “el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las leyes dispositivas o supletorias.”<sup>37</sup>

Por su parte, en el campo del Derecho Internacional Privado se han formulado múltiples intentos de conceptualización, entre los que destaca el de Pillet, quien se refiere a las normas de orden público de la siguiente forma: “el papel del Estado en nuestras sociedades es doble,...concentra en él y representa necesariamente los intereses de la comunidad, y además es el autor de los intereses particulares. Las leyes que corresponden a la primera de dichas tareas son las leyes de orden público del derecho internacional.”<sup>38</sup>

Ya en el campo de nuestro juicio de amparo, Ignacio Burgoa realiza un amplio estudio sobre el tema que nos ocupa, en el que a fin de llegar a concluir lo que por “normas de orden público” debe entenderse, hace referencia primero al concepto de “orden social”, al que concibe como “arreglo sistematizado de todas las fuerzas o energías que en su seno (de la sociedad) se desarrollan, derivadas de elementos o factores de diversa índole que se dan dentro de la comunidad misma...”<sup>39</sup>; enseguida, sostiene que el orden social puede tender a la preservación de la propia colectividad o bien a la tutela de los individuos que la conforman, de donde desprende la existencia de dos especies de orden social:

<sup>35</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1991, p. 2279.

<sup>36</sup> En su libro *System des heutigen römischen Rechts*, se refiere Savigny concretamente a los siguientes: “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”, de Papiniano (D. 2, 14, 38) y “*Privatorum conventio iuri publico non derogat*” de Ulpiano (D. 50,17,45,1), según cita de Tamayo y Salmorán, *idem*.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 2280.

<sup>38</sup> Citado por Ignacio Burgoa, *ob. cit.*, p. 727.

el orden social público y el orden social privado.

Así, el orden social público o simplemente orden público, sería aquél consistente en “el arreglo, sistematización o composición de la vida social con vista a la determinada finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, a procurar un bienestar público o a impedir un mal al conglomerado humano...”<sup>40</sup> Señala el autor de mérito que la índole de los objetivos inmediatos perseguidos por el orden social es el único criterio para diferenciar *a priori* a los órdenes privado y público, advirtiendo que la concretización de dichos objetivos sólo puede conseguirse *a posteriori*, de modo que el contenido del orden público es esencialmente variable, sujeto a las circunstancias de tiempo y espacio; afirma Burgoa que la doctrina ha incurrido en el error de pretender definir al orden público en función de su contenido, lo que ha derivado en el fracaso de tales intentos, dada la mutabilidad característica del mismo.

Existiendo dos especies de orden social, el público y el privado, y siendo que el Derecho tiene por finalidad última el establecimiento o reconocimiento del mismo (ya sea que las normas jurídicas resulten innovativas o bien que se limiten a reconocer el estado de hecho imperante), se arriba a la conclusión de que también existen dos clases de disposiciones jurídicas, de orden público y de orden privado. Para Burgoa, en la causa final de las normas, esto es, en su motivación y su teleología, se encuentra el criterio para determinar la índole de las mismas, de manera que:

...si la expedición de una disposición normativa reconoce como causa próxima una necesidad que experimente el conglomerado humano..., una situación perjudicial en que aquél se encuentre o pueda encontrarse o un

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 730.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 733.

problema que lo afecte o pueda afectarlo; y si dicha expedición propende, por modo directo e inmediato, a colmar tal necesidad, a remediar o prevenir la mencionada situación o a resolver o a evitar el citado problema, procurando, también como objetivo próximo, beneficiar a la colectividad, se estará en presencia de una norma de orden público.<sup>41</sup>

Por último, hemos de referirnos a la distinción entre las normas de orden público y las de derecho público; como es bien conocido, la división del Derecho Positivo en las dos grandes ramas, el Derecho Público y el Derecho Privado, obedece a la diversidad de las relaciones sociales objeto de su regulación, de modo que mientras en el primer caso se dice que se trata de relaciones de supraordinación o subordinación, el segundo se refiere principalmente a relaciones de coordinación. Independientemente de la validez y vigencia del criterio de clasificación aludido, lo que resulta relevante para nuestro tema es que no deben confundirse las citadas normas de derecho público con las de orden público por el hecho de que normalmente aquéllas revistan este último carácter, siendo que además de derivar de diversos criterios de clasificación, resulta claro que existe un gran número de disposiciones de orden público en leyes de derecho privado.

c) No afectación al interés social.

La problemática de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo se acentúa todavía más en virtud de la alusión al concepto de “interés social”. Esta noción ha sido, al igual que la del orden público, objeto de múltiples y variadas opiniones de la doctrina jurídica en general; de hecho, en este caso se cuenta con la dificultad adicional de la coexistencia de nociones sinónimas, similares o relacionadas, como las de “interés colectivo”, “interés público”, “interés

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 735.

general", "interés estatal", etc., mismas que son utilizadas frecuentemente de manera indiscriminada. Dentro de los términos señalados, es el de interés público el que mayor importancia tiene para nuestro estudio, siendo que su equivalencia con el de interés social ha sido objeto de especial discusión y discrepancia.

Entre los autores de amparo parece imperar el criterio por el que se entiende constitutivo del interés social todo aquello que pueda derivar en la satisfacción de una necesidad colectiva, en la prevención de un mal social o en la producción de un bienestar común, es decir, todo aquello que resulte en provecho de la sociedad en su conjunto. Así lo ha entendido la Corte, como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

SUSPENSION DEL ACTO RECLAMADO. INTERPRETACION DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO. Entre los requisitos que establece el artículo 124 de la Ley de Amparo, para la procedencia de la suspensión del acto reclamado, destaca el señalado en segundo término, consistente en que con ella no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. Ahora bien, si en principio la estimación del orden público corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les sometan a su consideración para la obtención de un fallo; sin embargo, la ejemplificación que contiene el artículo en cita para indicar cuando, entre otros casos, se sigue ese perjuicio o se realizan esas contravenciones, revela que se puede razonablemente inferir en términos generales, que se dan esas situaciones cuando con la suspensión se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le ocasiona un daño que de otra manera no resentiría.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Número 62, febrero de 1993, Tesis: II.3o. J/40, p. 27.

En concordancia con el orden de ideas seguido a propósito de la noción de orden público, Ignacio Burgoa sostiene que el concepto de interés social constituye el *substrátum* de la causa final de las normas de orden público, de modo que toda norma de orden público lo es de interés social, concluyendo, al igual que respecto de aquél concepto, que se trata de un asunto concretizable *a posteriori*.

Finalmente, valga citar aquí una jurisprudencia integrada recientemente, en la que se presenta con claridad la postura de nuestros tribunales federales respecto de la precisión de las nociones de orden público e interés social:

SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA. De acuerdo con la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que desarrolla los principios establecidos en el artículo 107, fracción X, de la Constitución Federal, la suspensión definitiva solicitada por la parte quejosa en un juicio de garantías sólo puede concederse cuando al hacerlo no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social. El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corresponde al Juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darles significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios



mayores que los que se pretende evitar con esta institución, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.<sup>43</sup>

d) Dificultad en la reparación de los daños y perjuicios que la ejecución del acto pueda causar al quejoso.<sup>44</sup>

El alcance de este último requisito tampoco ha sido acotado mediante la fijación de un criterio claro y general que permita determinar los supuestos de hecho que deben estimarse comprendidos en la hipótesis normativa, limitándose la jurisprudencia a sostener que la suspensión es improcedente por no actualizarse esta condicionante en determinados casos específicos.

Por cuanto a lo que por “difícil reparación” debe entenderse, se ha dicho en doctrina que ella se da “cuando se tienen que poner en juego varios, costosos e intrincados medios para obtener la restauración de la situación que prevalecía con anterioridad al desempeño de la actividad autoritaria impugnada”,<sup>45</sup> o bien “cuando...(el quejoso), al obtener la sentencia concesoria del amparo, tenga que remover obstáculos para lograr la restitución de sus derechos infringidos.”<sup>46</sup>

Góngora Pimentel,<sup>47</sup> tomando las ideas de Chinchilla<sup>48</sup> sobre la suspensión en el contencioso-administrativo español, advierte que la dificultad en la reparación no debe relacionarse con la noción de irresarcibilidad sino con

---

<sup>43</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo V, enero de 1997, Tesis: I.3o.A. J/16, p. 383.

<sup>44</sup> En el Derecho administrativo francés se habla de “*préjudice grave et irréparable*”, y en Italia de “*danno grave e irreparabile*”.

<sup>45</sup> Ignacio Burgoa. *Ob. cit.*, p. 746.

<sup>46</sup> Carlos Arellano García. *Ob. cit.*, p. 887.

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, p. 71.

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, p. 43.

la de irreversibilidad; por lo que ve a los daños y perjuicios, refiere que los mismos han de ser reales, efectivos, concretos, morales o materiales y no necesariamente actuales (pudiendo ser futuros e inminentes); por último, señala que en la práctica de los tribunales de amparo la fracción III del artículo 124 objeto de estas líneas, es ligada con el interés del quejoso en solicitar la suspensión, corriendo a su cargo por ende la carga de acreditar la existencia de los daños y perjuicios de difícil reparación.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año de 1948, realizó la siguiente interpretación del requisito legal que nos ocupa:

DAÑOS Y PERJUICIOS DIFÍCILMENTE REPARABLES. Al referirse la Ley de Amparo en su artículo 124, fracción III, a la necesidad de que los daños y perjuicios que se causen con la ejecución del acto reclamado, sean difícilmente reparables, como requisito para que proceda la suspensión, *no está considerando más que la posibilidad de obtener esa reparación del acto en sí mismo* (en el caso la de recomendar la construcción de las obras mandadas suspender), *ni tampoco toma en cuenta los perjuicios remotos que pueda ocasionar la negativa de suspensión* como son los que el agraviado se vea impedido de concluir la construcción de su casa y tenga que vivir con su familia entre las ruinas, *sino lo que ha de servir de norma es que no haya dificultad grave para obtener, en su caso, la reparación de esos daños o perjuicios*, situación ésta que debe admitirse, supuesto que de obtenerse el amparo, la obra podrá seguir su curso y los perjuicios que resintiera el agraviado no serían de difícil reparación, pues tendría expeditos sus derechos para reclamarlos en su oportunidad.<sup>49</sup>

Sobresalen los siguientes puntos de la ejecutoria:

---

<sup>49</sup> Incidente de suspensión en revisión relativo al juicio de amparo promovido por Augusto Ayala Chávez, contra actos del Presidente Municipal de Morelia, Mich. Toca 329/48-1a. Fallado en 23 de febrero. Negando la suspensión. Por unanimidad de 5 votos. *Informe 1948*, Segunda Sala, p. 146.

i) Por cuanto a la dificultad de reparación, se estima que la misma ha de ser "grave" ;

ii) Por lo que ve a los daños y perjuicios, se refiere que sólo han de quedar comprendidos aquellos relativos a la reparación del acto en sí mismo (directos), y no aquellos otros que pudiera causar la negativa de la suspensión (indirectos).

### **B. Requisitos de Eficacia.**

Bajo esta clasificación se agrupan aquellos requerimientos que debe satisfacer el quejoso en orden a que la suspensión que le ha sido concedida, surta sus efectos, es decir, para que opere efectivamente la paralización del acto reclamado y de sus consecuencias.

Para los efectos de nuestra materia, la administrativa, dichos requisitos se traducen en lo prescrito por el artículo 125 de la Ley de Amparo:

En los casos en que es procedente la suspensión, pero pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, se concederá si el quejoso otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaren si no obtiene sentencia favorable en el juicio de amparo.

De la hipótesis normativa contenida en el párrafo transcrito se desprenden una serie de elementos que conviene precisar:

a) Se advierte que sólo cobra aplicación en tanto exista un tercero interesado en la ejecución del acto; dicho tercero, según ha dejado en claro la

Suprema Corte de Justicia,<sup>50</sup> no es otro sino el tercero perjudicado a que se refiere la fracción III del artículo 5o. de la Ley de Amparo.

b) Por cuanto a la garantía que ha de otorgar el quejoso, la misma puede consistir en fianza, prenda o hipoteca, así como también en el depósito de dinero,<sup>51</sup> debiendo el peticionario de garantías otorgarla dentro del término de cinco días siguientes a la fecha en que haya surtido efectos la notificación de la interlocutoria en la que se le concediera la suspensión definitiva, o posteriormente en cualquier momento, siempre que no haya sido ejecutado por la responsable el acto reclamado.<sup>52</sup>

c) Por último, los daños y perjuicios a que se refiere el precepto en comento pueden ser tanto patrimoniales como de carácter moral o no estimables en dinero, debiendo en ambos casos ser consecuencia inmediata y directa de la suspensión del acto reclamado, siguiendo el mismo criterio que el contenido en el artículo 2110 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>53</sup>

Según dispone el artículo 128 de la Ley de Amparo, la fijación del monto de la garantía es atribución del juez de Distrito, quien deberá apreciar la importancia económica de los daños y perjuicios que pudieran causarse por la suspensión, de acuerdo a las circunstancias del caso y tomando en consideración las pruebas rendidas por las partes;<sup>54</sup> en el supuesto de daños de contenido extrapatrimonial, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 125 de la Ley de la materia, la determinación del monto de la garantía

---

<sup>50</sup> *Apéndice al Tomo CXVIII*. Tesis 1067. Tesis 220 de la *Compilación 1917-1965*, y Tesis 218 del *Apéndice 1975*, Materia General. (Tesis 318 del *Apéndice 1985*).

<sup>51</sup> C. fr. art. 135 de la Ley de Amparo.

<sup>52</sup> *Apéndice al Tomo CXVIII*. Tesis 500. Tesis 212 de la *Compilación 1917-1965*, y Tesis 210 del *Apéndice 1975*, Materia General. *Idem*, Tesis 302 del *Apéndice 1985*.

<sup>53</sup> Genaro D. Góngora Pimentel. *Ob. cit.*, p. 106.

<sup>54</sup> Sobre el particular véase la tesis citada por Góngora Pimentel, *ob. cit.*, p. 105.

obedecerá al prudente arbitrio del juzgador.

Por lo demás, y para los efectos de este trabajo, valga recordar que se contempla en la Ley de Amparo, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la posibilidad de que a su vez el tercero perjudicado ofrezca una contragarantía a fin de que el acto reclamado sea ejecutado, debiendo cubrir su importe los daños y perjuicios que con la ejecución del acto reclamado se puedan irrogar al quejoso, así como la restitución de las cosas al estado previo a la violación de garantías.

### III. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA SUSPENSIÓN

Hecho el estudio de los temas básicos a que nos referimos en los capítulos precedentes, realizaremos ahora el primer acercamiento a la noción del *fumus boni iuris*, al que ubicaremos en el análisis de las medidas cautelares como uno de sus presupuestos. Asimismo, analizaremos el primero de los argumentos que puede conducir a afirmar la aplicabilidad del *fumus boni iuris* a la institución suspensiva del amparo; se trata de una cuestión doctrinal, consistente en determinar si la naturaleza jurídica de la suspensión en el amparo se corresponde con la de las medidas cautelares, de modo que aquélla sea una especie de éstas.

#### A. Las Medidas Cautelares.

##### 1. Concepto y clasificación.

Es Piero Calamandrei el autor que con mayor amplitud y profundidad se ha abocado<sup>55</sup> al estudio de las medidas cautelares;<sup>56</sup> valga apuntar que la doctrina las ha estudiado bajo tres perfiles diversos: el de la acción (acción asegurativa o cautelar), el del proceso (proceso cautelar), y el de la providencia misma (providencia cautelar), siendo este último el seguido en la obra de Calamandrei,<sup>57</sup> cuya doctrina hemos tomado como base en el desarrollo de este

---

<sup>55</sup> Abocar, con "b" tiene entre otras acepciones la de hallarse en disposición de hacer algo, mientras que avocar, con "v", es un término jurídico que en sentido estricto significa "atraer o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando o debía litigarse ante otro inferior", y que en un sentido más genérico significa "atraer o llamar a sí cualquier superior un negocio que está sometido a examen y decisión de un inferior" (*Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992, Tomo I, pp. 8 y 240).

<sup>56</sup> Conviene anticipar que la terminología respecto de las mismas es sumamente variada, de modo que se les llama también providencias cautelares o asegurativas, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, etc.

<sup>57</sup> Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

punto.

En orden a la consecución de una definición que agote el concepto de las medidas cautelares, ha de buscarse la nota o notas que las distinguen del resto de las providencias jurisdiccionales; ni un criterio subjetivo ni uno formal pueden conducir a la determinación de tal nota o notas, ya que la función cautelar no está confiada a órganos especiales y dado que la forma de las providencias cautelares no es diversa de la del resto de las providencias jurisdiccionales. Tampoco un criterio que atienda al contenido de la providencia, es decir, a sus efectos jurídicos (criterio sustancial), resuelve el problema, siendo que los efectos de las medidas cautelares no son cualitativamente diversos de los del resto de las providencias de cognición o ejecución; es común la enseñanza que clasifica a las providencias jurisdiccionales en providencias de cognición, de conservación<sup>58</sup> (aludiendo a las cautelares), y de ejecución, pero debe advertirse que el criterio que sirve para diferenciar a las de cognición de las de ejecución y aquél por el que se distingue a las cautelares del resto de las providencias, no son homogéneos, de modo que existen providencias cautelares de cognición o de ejecución y providencias declarativas o ejecutivas, cautelares o no cautelares.<sup>59</sup>

Según la opinión más extendida entre los procesalistas, el carácter distintivo de las providencias cautelares está en su provisoriedad, es decir, no en la cualidad sino en la duración de sus efectos; sobre este particular valga realizar una serie de consideraciones:<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> No parece correcto identificar a las medidas cautelares como providencias de conservación, siendo que como se verá más adelante, existen providencias cautelares innovativas, cuyos efectos van más allá de la conservación del estado de hecho existente.

<sup>59</sup> Piero Calamandrei. *Ob. cit.*, p. 33 y ss.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 36 y ss.

a) El concepto de provisoriedad (o interinidad) es más restringido que el de temporalidad; temporal es simplemente lo que no dura por siempre, mientras que provisorio es aquello que dura en tanto sobreviene un evento esperado.

b) Esta noción de provisoriedad se advierte no sólo en las providencias o medidas cautelares sino en las llamadas “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva”, en la clasificación de Chiovenda, en las cuales se entiende como contrapeso a la sumariedad del procedimiento de cognición del que emanan; su provisoriedad radica en la posibilidad de que sobrevenga una ulterior providencia definitiva (o mejor, principal<sup>61</sup>) que modifique o anule sus efectos, ante cuya ausencia, se consolidan como definitivas, de modo que se trata de providencias dictadas no en espera de la providencia definitiva sino más bien, en espera de la falta de la misma.

c) En el caso de las medidas cautelares, la provisoriedad no está en función del modo de formación de la providencia, sino que obedece a su finalidad, misma que queda lograda al momento en que se produce la providencia sobre el mérito de la controversia.

Para la mayor comprensión de este último punto conviene hacer referencia a una de las condicionantes de las medidas cautelares, y que a su vez constituye el interés específico que justifica su emanación, el peligro de daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*):<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Valga apuntar que el calificativo de “principal” parece más adecuado que el de “definitiva”, dado el carácter equívoco de éste último (se utiliza en relación con el momento del proceso en que se dicta, con el mérito y con la estabilidad de la resolución.), mismo que no obstante se seguirá utilizando en este trabajo por ser el comúnmente aceptado.

<sup>62</sup> Piero Calamandrei. *Ob. cit.*, p. 40 y ss.



a) No debe confundirse al *periculum in mora* con el peligro genérico de daño jurídico, mismo que en ciertos casos motiva que la tutela jurisdiccional ordinaria asuma un carácter preventivo.

b) No basta para el dictado de una providencia cautelar que exista un peligro de daño jurídico, sino que es necesario que dada la inminencia del mismo resulte urgente la providencia, ante cuya ausencia el daño temido se agravaría o inclusive devendría en daño efectivo; valga apuntar que desde luego la sola noción de urgencia tampoco distingue a las medidas cautelares, pues existen providencias de urgencia no cautelares.

c) Además de los dos elementos aludidos, prevención y urgencia, la noción del *periculum in mora* requiere de un tercero, que la distingue y a su vez caracteriza a la tutela cautelar: la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de un daño; en este orden de ideas señala Calamandrei:

...la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de los casos...en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente

elaborada para un enfermo ya muerto.<sup>63</sup>

De lo comentado puede válidamente concluirse en que el elemento verdaderamente característico de las medidas o providencias cautelares lo constituye su instrumentalidad, es decir, el hecho de que se encuentran sujetas a la emanación de la providencia definitiva cuyo resultado práctico aseguran preventivamente mediante la anticipación de sus efectos; reflexiona Calamandrei en forma por demás singular: "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."<sup>64</sup>

Así pues, en concordancia con lo apuntado, puede entenderse a las medidas cautelares como aquéllas que suponen una "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma."<sup>65</sup>

La doctrina aporta variadas clasificaciones de las medidas cautelares, de las cuales preferiremos la que parte de las diversas formas que puede adoptar la relación de instrumentalidad entre la providencia cautelar y la definitiva, por concordar con el esquema de conceptualización que hemos realizado; de acuerdo con este criterio de clasificación, seguido entre otros por Hugo Alsina,<sup>66</sup> pueden distinguirse las siguientes categorías de providencias cautelares:

a) Providencias instructorias anticipadas cuyo objeto radica en la

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Librería Carrillo Hnos., Guadalajara, 1984, p. 291.

conservación de probanzas a los efectos de un juicio (*v. gr.* la testimonial a que se refiere la fracción VII del artículo 210 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, así como el supuesto previsto por la fracción XI del mismo precepto);

b) Providencias que tienen por objeto asegurar el resultado de la ejecución forzada (*v. gr.* el embargo precautorio, arts. 256 y 257 del Código Civil Adjetivo local);

c) Providencias mediante las cuales se decide provisoriamente una relación controvertida de cuya indecisión pudieran derivarse para alguna de las partes daños irreparables (*v. gr.* la separación de personas, arts. 221 y ss. del Código en cita);

d) Providencias por virtud de las cuales el juzgador impone una caución como condición para la ulterior obtención de una providencia jurisdiccional, cautelar<sup>67</sup> o principal (*v. gr.* la garantía exigida por el art. 251 del cuerpo legal citado);

En función de los efectos que pueden producir, se clasifica a las medidas cautelares en dos tipos:

a) Conservativas. Son aquéllas cuyo efecto consiste en la conservación del estado de hecho existente; en estos supuestos la situación prevaleciente al momento de conceder la medida cautelar es tal, que si fuera posible ejecutar inmediatamente la providencia principal, se haría de manera satisfactoria.

---

<sup>67</sup> Couture las llama en tal supuesto, medidas de *contracautela* (Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1972, p. 325.).

b) Innovativas. Este tipo de providencias tienen por efecto la modificación del estado de hecho existente; aquí se está en presencia de supuestos en los que la providencia definitiva tendrá por objeto constituir relaciones jurídicas o bien producir determinadas innovaciones en la realidad, de modo que para asegurar la efectividad de la principal, la medida cautelar tiende ya no a conservar sino a anticipar provisoriamente tales efectos constitutivos o restitutorios.<sup>68</sup>

## 2. Caracteres.

La doctrina ha identificado una serie de características atribuibles a las medidas cautelares,<sup>69</sup> de las que sólo hemos de referirnos a tres, instrumentalidad, provisionalidad y responsabilidad, por estimar que las demás quedan comprendidas en ellas o bien en los presupuestos para la emanación de las providencias en estudio, a los que nos referiremos más adelante en este mismo subcapítulo.

### a) Instrumentalidad e instrumentalidad hipotética.

La instrumentalidad ya quedó analizada al ser considerada como la nota definitoria de las providencias cautelares, por lo que sólo nos resta aquí hacer una precisión del sentido que tiene dicha instrumentalidad en tratándose de las medidas cautelares clasificadas líneas arriba bajo los incisos b), c) y d).

---

<sup>68</sup> Carnelutti critica esta división bipartita de las medidas cautelares aduciendo que también las providencias "conservativas" producen una novedad puesto que alteran el curso de la historia; en cambio, propone una clasificación tripartita que atienda al modo de operar de la providencia, distinguiéndose entonces las inhibitorias (inhiben el cambio de la situación de hecho), las restitutorias (restituyen la situación previa) y las anticipatorias (anticipan un cambio en la situación de hecho) (Francesco Carnelutti. *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Harla, 1997, p. 231.).

<sup>69</sup> Chinchilla (*Ob. cit.*, pp. 37 a 40) habla de urgencia, funcionalidad y homogeneidad, mientras que Couture de accesoria y preventividad (*Ob. cit.*, p. 326).

En el caso de dichas medidas cautelares, la instrumentalidad implica que su emanación presuponga un preventivo cálculo de probabilidades respecto del contenido de la providencia principal, de modo que el peligro en la demora (*periculum in mora*) se valora partiendo de la hipótesis de que la providencia definitiva se dictará en un sentido determinado, favorable al solicitante de la providencia cautelar, en el caso de las aludidas en los incisos b) y c), y desfavorable, en el supuesto a que se refiere el inciso d).

En relación con este punto señala Calamandrei:

...si toda providencia cautelar puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos (decisorios o ejecutorios) de la futura providencia principal, es evidente que el juez llamado a disponer en sede cautelar estos efectos anticipados, debe prever cuáles podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia.<sup>70</sup>

Esta instrumentalidad hipotética<sup>71</sup> de las providencias cautelares constituye una primera aproximación a la noción de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), cuyos alcances precisaremos un poco más adelante.

b) Provisionalidad.

Al realizar la conceptualización de las medidas cautelares nos referimos ya a esta característica, que como se ha visto está íntimamente ligada a la

---

<sup>70</sup> *Ob. cit.*, p. 75.

<sup>71</sup> "Hipotética" en tanto que como se ha dicho, las medidas cautelares a las que caracteriza funcionan como instrumentos para asegurar la eficacia de la providencia principal, partiendo de la hipótesis de que ésta tenga un determinado sentido.

instrumentalidad, y que hace referencia a la vigencia interina de las providencias cautelares, cuya eficacia concluye cuando sobreviene la providencia principal o definitiva.

Reflexiona Carmen Chinchilla Marín en el hecho de que la nota de provisoriedad no implica que de facto no se produzcan efectos definitivos como consecuencia del pronunciamiento de providencias cautelares, y en la singular importancia que por ello revisten tales providencias en la materia administrativa, en la que los intereses que pueden lesionarse son los de la comunidad.<sup>72</sup>

Debe distinguirse por otra parte la nota en comento de la de variabilidad,<sup>73</sup> común a las resoluciones conocidas por la doctrina como sentencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyos efectos, no obstante haber alcanzado la categoría de cosa juzgada, pueden ser modificados ante la mutación de las circunstancias de hecho, nota ésta que desde luego también le es aplicable a las providencias cautelares.

Por último, valga hacer referencia a la cuestión consistente en determinar si la resolución que concede o deniega una medida cautelar produce o no los efectos de la cosa juzgada, a lo que no obstante las posiciones discordantes que existen en la doctrina, parece imponerse la respuesta afirmativa, siendo que los presupuestos para el otorgamiento de las providencias cautelares no son objeto de nuevo análisis al sobrevenir la providencia definitiva, cuyo *thema decidendum* es diverso, como se verá más adelante. En todo caso, se trata de una cosa juzgada peculiar, en razón de la instrumentalidad y provisoriedad características de estas providencias.

---

<sup>72</sup> *Ob. cit.*, p. 35.

<sup>73</sup> Piero Calamandrei. *Ob. cit.*, pp. 89 y 90.

### c) Responsabilidad.

Las providencias cautelares se dictan bajo la responsabilidad del que las solicita.

Dado que como se verá enseguida, la acción cautelar tiene como presupuesto la apariencia y no la existencia del derecho, existe el riesgo de que posteriormente se encuentre que el solicitante de la medida cautelar carece de derecho, habiéndose irrogado a la contraparte daños y perjuicios; se trata de una responsabilidad de tipo objetivo derivada del riesgo inherente a una providencia cautelar plenamente legítima.

Existe otro supuesto de responsabilidad, relativo al caso en el que la cognición sobre las condiciones de la acción cautelar se desarrolla en dos fases, de modo que en la segunda es revocada la medida concedida en la primera, estimándose que los extremos requeridos para su concesión fueron indebidamente valorados; en este caso la responsabilidad del solicitante radica en el hecho de haber solicitado una medida cautelar sin tener derecho a ella, ya por dolo o por culpa.

Valga apuntar que en las diversas legislaciones se adoptan uno, otro o ambos supuestos de responsabilidad.<sup>74</sup>

### 3. Presupuestos.

Dada la diversidad de las medidas cautelares, pero sobre todo, ante la

---

<sup>74</sup> Así v. gr. mientras que en la Argentina sólo se regula la responsabilidad subjetiva, en el Código de Procedimientos Civiles de Jalisco se contemplan las dos especies.

carencia de una regulación sistemática de las mismas, no sólo en nuestro Derecho sino en el de los países más avanzados en estas materias, como lo son España, Francia, Italia o Argentina, la determinación de condiciones o presupuestos comunes para la emanación de las providencias cautelares no es una labor sencilla; la doctrina no obstante, ha señalado cuatro: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la fianza y la pendencia de un proceso principal.<sup>75</sup>

Ha quedado ya señalado que las medidas cautelares no constituyen un *tertium genus* junto a las providencias de cognición y a las de ejecución, puesto que en realidad contienen las características de las de cognición y son susceptibles de ejecución forzada; pues bien, para los efectos del presente apartado hemos de referirnos a aquéllos de los presupuestos de las medidas cautelares sobre los que se ocupa la cognición en sede cautelar, a saber, la apariencia de un derecho y el peligro de que tal derecho aparente no sea satisfecho.

a) *Fumus boni iuris*.

Nos encontramos pues con la noción cuya aplicabilidad a la suspensión en materia de amparo constituye el tema troncal de este trabajo. Si como se ha visto, la tutela cautelar se concede ante la existencia de un peligro en la demora para el derecho del solicitante, ello presupone que tal derecho existe y que le pertenece, de donde se sigue que para la concesión de la medida el juzgador tendrá que realizar un examen sobre el derecho del peticionario; ahora bien, se precisa como presupuesto la apariencia de derecho (*fumus*) y no la existencia del mismo, porque como lo explica Calamandrei:

---

<sup>75</sup> M. Serra Domínguez. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, citado por Carmen Chinchilla Marín en *ob. cit.*, p. 41.



...si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud.<sup>76</sup>

Así pues, la cognición cautelar respecto del derecho del solicitante se concreta en un juicio de probabilidades y verosimilitud,<sup>77</sup> es decir, la medida solicitada será procedente si el juzgador encuentra verosímil la existencia del derecho, o en otras palabras, si parece probable que en la providencia principal se declarará la existencia del derecho de quien solicita la cautelar; Eduardo García de Enterría comenta al respecto:

...no se trata de apelar al *flair* o al olfato del juez (el humo de buen derecho no se aprecia por la nariz, sino por el juicio objetivo, imponiendo una valoración anticipada y a primera vista del fondo del proceso, sin lo cual la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inaprensible, lo que es difícilmente cohonestable con una justicia actuando en un Estado de Derecho), sino de administrar justicia legal, esto es, de acudir a criterios jurídicos perfectamente objetivables.<sup>78</sup>

El juzgador deberá además analizar, en relación con la apariencia de derecho, la correcta y completa fundamentación y en su caso el soporte probatorio que deberá tener la demanda, dada la influencia de estas cuestiones en sus posibilidades de éxito; el resultado de la investigación realizada en los términos planteados tendrá el valor de hipótesis, la cual no aspirará convertirse en certeza, siendo que más bien al devenir (con la providencia principal) la

---

<sup>76</sup> *Ob. cit.*, p. 77.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Ob. cit.*, pp. 85 y 86.

certeza, ya de la existencia o inexistencia del derecho, habrá agotado su cometido natural.

El tratadista argentino Hugo Alsina explica con absoluta claridad el papel del *fumus boni iuris* en la emanación de una medida cautelar:

Hay que contemplar aquí dos intereses opuestos: el del que afirma un derecho y el del que lo niega; el primero puede triunfar en definitiva, pero también el segundo puede resultar absuelto de la demanda. El juez resolverá recién en la sentencia quién tiene razón y hasta ese momento, nada autoriza a suponer que la resistencia es infundada; sin embargo, cuando existe la presunción de que la demanda es fundada, el juez debe acogerla provisoriamente; por eso es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado *prima facie*; es decir, que el juez procede aquí con conocimiento sumario.<sup>79</sup>

b) *Periculum in mora*.

La segunda condicionante para la emanación legítima de una providencia cautelar radica en la existencia del peligro en la demora, cuyos elementos esenciales (preventividad, urgencia y la relación causa-efecto entre la mora de la providencia definitiva y el daño temido) ya han quedado comentados. El peligro en la demora, además de constituir un presupuesto de las medidas cautelares, forma parte de su esencia y por ende de su definición, como se ha visto, y es que éstas no tendrían sentido sin un derecho que requiera de protección preventiva y urgente ante el peligro de que se produzca o agrave un daño, dada la demora de la tutela ordinaria.

---

<sup>79</sup> *Ob. cit.*, p. 290.

A diferencia de lo señalado a propósito del *fumus*, en tratándose del peligro en la demora la cognición judicial se traduce en un juicio de verdad, de modo que se alcance la certeza respecto de su existencia; ahora bien, dado que la consecución de dicha certeza pudiera también contrariar la urgencia de la medida, existen tres diversas formas para alcanzarla según el tipo de providencia cautelar de que se trate y sus exigencias:<sup>80</sup>

i) De modo pleno y profundo, antes de concederse la medida;

ii) En dos momentos: por cognición sumaria primero y mediante cognición ordinaria posteriormente. El primer juicio, que se dicta *inaudita altera parte*, alcanza respecto del peligro sólo la verosimilitud; el segundo es un juicio de convalidación que busca la certeza de su existencia. Así, se encuentran aquí dos juicios *provisorios*, aunque en sentidos diversos: el primero es provisorio en tanto que está sujeto al nuevo examen que respecto del peligro se realice en el juicio convalidatorio; y el segundo juicio es provisorio en tanto que es instrumental en relación con la aparición de la providencia del mérito.

iii) Por conocimiento sumario pero sin fase ulterior de comprobación.

## **B. Naturaleza y Efectos de la Suspensión de los Actos Reclamados.**

La doctrina mexicana se ha ocupado de elaborar la teoría de la institución suspensiva del amparo sobre tres aspectos principales: su naturaleza jurídica, sus modalidades funcionales o efectos, y sus finalidades; en el primer capítulo de este trabajo hicimos ya referencia a las finalidades de la suspensión, por lo

---

<sup>80</sup> Piero Calamandrei. *Ob. cit.*, p. 79 y ss.

que enseguida nos abocaremos al estudio de su naturaleza y efectos, cuyo análisis hemos querido realizar luego de dejar planteado un esquema general respecto de las medidas cautelares, con las que confrontaremos a aquélla.

## 1. Naturaleza jurídica.

Son identificables en la doctrina únicamente dos posiciones al respecto: la de los que sostienen que la suspensión es una medida cautelar y la de los que se oponen a ello. En realidad la gran mayoría de los autores se ubica dentro del primer grupo. Quienes niegan la naturaleza cautelar de la medida suspensiva critican la posición contraria por estimarla extranjerizante, si bien por lo general no atinan en atribuirle una naturaleza jurídica concreta; de ordinario su argumento fundamental radica en los efectos innovativos que pueden tener las providencias cautelares,<sup>81</sup> lo que es desde luego rebatible en tanto que como ha quedado señalado, la doctrina de éstas admite también la existencia de providencias conservativas, cuyos efectos no alteran el estado de hecho existente, independientemente pues de cualquier consideración respecto de la posibilidad de que la suspensión admita efectos constitutivos o restitutorios.

Antes de profundizar en este tema, debemos aclarar que las referencias que enseguida se harán a la suspensión se refieren exclusivamente a la que se tramita en amparo indirecto, la que es objeto de nuestro estudio, y no a la correspondiente al directo, cuya naturaleza además no parece desde luego coincidir con la de una medida cautelar.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> En este sentido afirma Briseño Sierra: "la suspensión no coincide con la medida precautoria o providencia cautelar, pues la última avanza en la situación jurídica correspondiente en que se presenta" (Humberto Briseño Sierra. *Derecho Procesal*, México, Harla, 1995, p. 475.).

<sup>82</sup> En este sentido se pronuncia Alfonso Trueba (*La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo*, México, Jus, 1975, pp. 20 y 21.), quien afirma que la suspensión en tratándose de amparo directo, si bien persigue la misma finalidad que las medidas cautelares, en realidad no es sino un mero efecto del recurso, que no determina un arreglo

Habiendo estudiado ya la estructura de las medidas cautelares, nos es ahora posible determinar objetivamente si la suspensión de los actos reclamados prevista por nuestra Ley de Amparo coincide en su género próximo con aquéllas, con las consecuencias que para el mejor entendimiento y funcionamiento de nuestra institución suspensiva ello puede generar:

a) En primer lugar hemos de referirnos a la nota característica de las medidas cautelares, la instrumentalidad, misma que parece indudablemente caracterizar también a nuestra suspensión, cuya finalidad principal, preservar la materia del juicio, es decir, su causa final o motivo, equivale a preservar la eficacia de la resolución definitiva,<sup>83</sup> términos en los que se expresa el significado de dicha nota característica de las providencias cautelares, según ha sido expuesto; se advierte pues una relación de instrumentalidad entre la suspensión (providencia cautelar), y la sentencia ejecutoria (providencia principal).

b) Por lo que toca a la provisoriedad, también parece incontrovertible que se presenta en el caso de la suspensión, puesto que como se ha dicho, su vigencia está preordenada a fijar las condiciones que el dictado de una sentencia justa requiere.

c) Aun en el caso de la característica de responsabilidad, la concordancia entre las medidas cautelares y la suspensiva es evidente, encontrándose en la regulación de ésta la responsabilidad objetiva del solicitante (artículo 125 de la Ley de Amparo), a la que obedecen los requisitos de eficacia a que se somete la

---

provisional del litigio, lo cual constituye el objeto del proceso cautelar en palabras de Carnelutti. Respecto de la naturaleza del amparo directo véase cap. I-A.

<sup>83</sup> Alfonso Trueba. *Ob. cit.*, p. 16.

suspensión a petición de parte agraviada.

d) La presencia del *periculum in mora* como presupuesto de la suspensión se aprecia claramente en lo dispuesto por los artículos 123, 124 y 130 de la Ley de Amparo. En el caso del artículo 123, relativo a la suspensión de oficio, motiva la concesión de la medida el peligro de que se consuma el acto reclamado haciendo "*físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía reclamada*" (en su supuesto genérico y en algunos de los casos a que se refiere la fracción I); en el caso de la suspensión a petición de parte, se está en presencia de un peligro diverso, desde luego menos grave, que en tratándose de la provisional se traduce en la posibilidad *inminente* de que al ejecutarse el acto se produzcan *notorios* perjuicios al quejoso (art. 130), mientras que en la definitiva se considera el peligro de que se produzcan al solicitante daños y perjuicios de *difícil reparación* con la ejecución del acto (art. 124, fracción III).

e) Existe también plena coincidencia entre nuestra suspensión y las medidas cautelares por cuanto se refiere a la cognición respecto del peligro en la demora, encontrándose en la suspensión que se concede en amparo indirecto las tres formas de cognición que se encuentran en las cautelares. El sistema por el que se concede la suspensión a petición de parte permite dos maneras de obtenerla en definitiva: directamente, por cognición plena y profunda previa a su concesión (suspensión definitiva sin antes solicitar la provisional); o bien, oblicuamente, mediante cognición sumaria primero (suspensión provisional) y cognición ordinaria después (suspensión definitiva). Por su parte, en el caso de la suspensión de oficio, la medida se concede por conocimiento sumario, sin que exista una fase ulterior de comprobación de sus supuestos de procedencia.

Valga señalar que al igual que en el caso de cognición sumaria para la obtención de providencias cautelares, las suspensiones provisional y de oficio se

obtienen *inaudita altera parte*, como se ha visto, con la sola presentación de la demanda.<sup>84</sup> y <sup>85</sup>

Para concluir con estas consideraciones respecto de la naturaleza cautelar de la medida suspensiva del amparo nos es de utilidad la definición de Héctor Fix Zamudio, quien afirma que tal naturaleza de la suspensión es indudable en tanto que ésta “...significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva...”,<sup>86</sup> en plena concordancia con el concepto de Calamandrei, al que seguimos en el desarrollo de la doctrina sobre las providencias cautelares.

Finalmente, tras las anteriores reflexiones salta la primera conclusión respecto de la aplicación del *fumus boni iuris*, como condición de procedencia, a la medida suspensiva del amparo: teniendo la suspensión indubitablemente naturaleza de providencia cautelar, lógico y normal resulta que le sean aplicables sus presupuestos, unánimemente aceptados por la doctrina procesal, entre los que figura en plano principal la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.

## 2. Efectos.

Al inicio de este trabajo, cuando abordamos en términos introductorios la

---

<sup>84</sup> C. fr. cap. I-C-1 y 3.

<sup>85</sup> La expresión “con la sola presentación de la demanda”, utilizada en el art. 130 de la Ley de Amparo, debe entenderse en alusión a la sumariedad de la cognición judicial en tal supuesto, y no en el sentido de que baste la existencia del libelo inicial para obtener el beneficio de la suspensión, puesto que *v. gr.* cuando la medida suspensiva es solicitada por un tercero extraño al juicio natural, debe aquél acreditar su interés jurídico con algún medio de prueba (C. fr. tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, que aparece en el *Informe de 1989*, Tercera Parte, p. 675.).

<sup>86</sup> Héctor Fix Zamudio, *El Juicio de Amparo*, citado por Juventino V. Castro, *ob. cit.*, p. 42.

figura de la suspensión, hicimos referencia al criterio jurisprudencial obligatorio por virtud del cual se distinguen los efectos propios de la sentencia de amparo de los de la suspensión, afirmándose que ésta tiene por efecto único mantener las cosas en el estado que guardan al concederse, sin que pueda implicar restitución alguna, lo que se dice, corresponde a la sentencia que conceda el amparo.<sup>87</sup> Por su parte, en el presente capítulo nos referimos a la existencia de medidas cautelares con efectos innovativos. La determinación de la clase de efectos que puede producir la suspensión resulta pues de gran importancia práctica y no sólo teórica, siendo que con base en el criterio jurisprudencial de mérito se estima improcedente la suspensión respecto de múltiples actos, clasificados en función de su naturaleza y del tiempo en que se desarrollan sus efectos.<sup>88</sup>

Juventino V. Castro<sup>89</sup> señala la existencia de dos posiciones doctrinales a este respecto, a las que denomina *estáticas* y *dinámicas*:

Dentro de las posiciones *estáticas* o *inmovilistas*, ubica las de aquéllos que atribuyen a la suspensión características exclusivamente preservantes, conservatorias o paralizantes, en consecuencia de lo cual niegan la naturaleza cautelar de la medida suspensiva; pensamos que pueden incluirse dentro de esta misma clasificación las posturas de aquéllos que sin negarle a la suspensión naturaleza cautelar, sí le niegan de modo absoluto la capacidad de producir efectos constitutivos o restitutorios.

Por su parte, califica de *dinámicas* a las posturas de quienes consideran que la naturaleza jurídica y la estructura normativa de la suspensión permiten

---

<sup>87</sup> Véase cap. I-B.

<sup>88</sup> C. fr. cap. II-A-2.

<sup>89</sup> *Ob. cit.*, p. 53.



que en ocasiones ésta anticipe algunos efectos protectores de la sentencia o bien restituya al quejoso en el goce de las garantías cuya violación reclama en amparo.

Estimamos que la postura de Héctor Fix Zamudio,<sup>90</sup> coincidente con la de ~~otros~~ doctrinistas, bien puede constituir una tercera posición doctrinal, a la que tendríamos que calificar de *ecléctica*, en la que se sostiene que la suspensión puede producir y produce efectos innovativos, si bien únicamente en aquellos supuestos en que expresamente la Ley de Amparo o la jurisprudencia así lo autorizan.

Antes de proceder con el estudio de dichas posiciones, valga señalar que respecto de los efectos de la suspensión provisional un sector importante de la doctrina considera determinadamente que la misma no puede producir efectos constitutivos ni restitutorios, ello en razón del texto del artículo 130 de la Ley de Amparo, por el que sus efectos se hacen consistir en "*que las cosas se mantengan en el estado que guarden*".

Ahora sí, analicemos los argumentos manejados en cada una de las posiciones aludidas:

a) Estáticas o inmovilistas.

Ignacio Burgoa<sup>91</sup> representa claramente a estas posturas, pues si bien admite que se atribuya a la suspensión el carácter de providencia cautelar, en tanto que su objeto radica en la conservación de la materia del juicio de amparo, sostiene que es inadmisibile pretender trasladarle las modalidades de las

<sup>90</sup> *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 277 y ss.

<sup>91</sup> *Ob. cit.*, p. 711 y ss.

medidas cautelares, afirmando que ello obedece a un afán de aplicarle a aquélla doctrinas extranjeras que le son ajenas, así como a un desconocimiento de la esencia del fenómeno suspensivo, haciendo énfasis en el significado gramatical de la palabra “suspender”.

En alusión a Fix Zamudio y a Ricardo Couto, critica que se diga que la suspensión puede *anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva*, en virtud de que ello implicaría -señala- una preestimación de inconstitucionalidad de los actos reclamados, lo que afirma, es ajeno a la suspensión. Afirma también que la suspensión no es una providencia constitutiva, sino conservadora de una situación existente, al evitar que la ejecución del acto reclamado o sus efectos y consecuencias la alteren; sostiene que por la suspensión no se crean derechos o intereses jurídicos sustantivos en favor del quejoso sino que únicamente se preservan mientras se resuelve ejecutoriamente el juicio de garantías. Insiste en que tampoco la suspensión es una providencia restitutoria, aduciendo que no opera frente a los actos consumados, a los que no puede invalidar, restituyendo al agraviado en la situación previa a la violación.

Finalmente, concluye Burgoa que la suspensión no puede *anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia que se pronuncie en cuanto al fondo del amparo ni constituye por ende un amparo provisional*,<sup>92</sup> ya que para concederla el juzgador debe considerar únicamente la certeza de los actos reclamados, que su naturaleza lo permita, y que con ello no se afecten ni el interés social ni el orden público, esto es, los requisitos genéricos de procedencia de la suspensión a los que ya nos hemos referido en este trabajo,<sup>93</sup> cuestiones que en su concepto nada tienen que ver con la constitucionalidad de los actos reclamados.

---

<sup>92</sup> Se refiere Burgoa a la tesis de Ricardo Couto; sobre la misma véase cap. IV-B.

<sup>93</sup> C. fr. cap. II.

Entre quienes niegan la naturaleza cautelar de la suspensión por la naturaleza de sus efectos se encuentra Humberto Briseño Sierra.<sup>94</sup>

b) Dinámicas.

Dentro de este grupo se puede ubicar a autores tales como Ricardo Couto y Genaro David Góngora Pimentel, cuyas posiciones vanguardistas han sido pilar fundamental de la aplicación a la suspensión de la apariencia del buen derecho.

Don Ricardo Couto,<sup>95</sup> a cuya doctrina nos referiremos más adelante ampliamente, en forma por demás revolucionaria sostiene la falsedad del principio según el cual se afirma que la suspensión no puede producir los efectos del amparo, a efecto de lo cual señala, para asombro de propios y extraños, se debe realizar un prejuicio respecto de la constitucionalidad del acto cuya suspensión se solicite. Couto reflexiona en el hecho de que al negarse la suspensión respecto de actos consumados o negativos, porque ello implicaría darle a la suspensión efectos restitutorios, propios del amparo mismo, aquélla no cumple con su objeto, preservar la materia del juicio, lo que equivale según hemos comentado a asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, haciéndose en consecuencia nugatoria la protección constitucional, de modo que en definitiva en tales casos el amparo no alcanza sus fines.

El actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Ministro Góngora Pimentel, desde sus años como Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, ha sido sin duda uno de los principales

---

<sup>94</sup> C. fr. n. 81.

<sup>95</sup> Ob. cit.

impulsores, si no el que más, de la aplicación a la suspensión de la apariencia del buen derecho de las medidas cautelares; respecto del punto que nos ocupa, partiendo de la idea de que en casos excepcionales existe concordancia entre la suspensión y las providencias cautelares innovativas, tales como la clausura provisional o por tiempo determinado, en cuyo caso se permite el levantamiento de los sellos, esto es, la modificación del estado de hecho existente,<sup>96</sup> sostiene que debe producir la suspensión efectos restitutorios en aquellos supuestos en los que la naturaleza del acto lo exija, siempre que los actos reclamados sean aparentemente inconstitucionales, es decir, que se aprecie el *fomus boni iuris* del peticionario. Sobre estas ideas volveremos un poco más adelante, al comentar las sentencias de contradicción de tesis que se han pronunciado al respecto recientemente.<sup>97</sup>

Dentro de estas posturas dinámicas, cabe mencionar también a Alfonso Trueba,<sup>98</sup> quien sostiene que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 124, *in fine*, de la Ley de Amparo, el juzgador, al conceder la suspensión, debe tomar “las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio”, a efecto de lo cual habrá de dictar inclusive prevenciones innovativas, ello en razón de que en algunos casos, dada la naturaleza del acto, sólo de ese modo se podrá conservar la materia del amparo. A nuestro juicio es importante destacar que la parte aludida del artículo 124 no constituye parte de los efectos de la suspensión, sino la posibilidad apenas prevista en la Ley de que el juzgador, paralelamente a la suspensión, dicte otras medidas cautelares (las que estime pertinentes) concretamente dirigidas a salvaguardar la materia del juicio.

---

<sup>96</sup> El problema de las clausuras se comenta en el cap. IV-A.

<sup>97</sup> Véase cap. IV-C.

<sup>98</sup> *Ob. cit.*, p. 16 y ss.

El propio Juventino V. Castro,<sup>99</sup> sin adscribirse de modo expreso a la corriente dinámica, concuerda con Fix Zamudio<sup>100</sup> en que en el supuesto a que se refiere el artículo 136 de la Ley de Amparo se está en presencia de una suspensión con efectos restitutorios, agregando por su cuenta el supuesto genérico contenido en el artículo 124, *in fine*, y al que se refiere el 174, en materia laboral; también se pronuncia en particular respecto del caso de los actos negativos, señalando que sí se pueden adelantar los efectos favorables de la sentencia mediante la suspensión definitiva, pero advirtiendo que tales efectos no son los mismos si se trata de actos positivos o negativos, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley de la materia, de donde se sigue que tampoco lo sean los de la suspensión.

c) Eclécticas.

Héctor Fix Zamudio<sup>101</sup> sostiene la falsedad del principio genérico consistente en que la suspensión sólo puede tener por efecto la paralización de las consecuencias del acto reclamado, aduciendo que en ciertos casos es necesario otorgarle a la definitiva efectos constitutivos y aun parcial y provisionalmente restitutorios, esto es, cuando los perjuicios causados al quejoso con la ejecución del acto serían de tal manera graves que el amparo no tendría efectos prácticos, afirmando además que en tales casos es que cobra aplicación la tesis de Couto, de modo que la suspensión funcione como anticipación provisional de algunos efectos de la protección definitiva, previa apreciación preliminar de la existencia de un derecho, ello, como se ha dicho, siempre que sea necesario para conservar la materia del litigio o bien para impedir perjuicios irreparables a los peticionarios.

---

<sup>99</sup> *Ob. cit.*, pp. 59 y 76.

<sup>100</sup> *Ob. cit.*, pp. 277 y ss.

<sup>101</sup> *Idem.*

Aclara Fix Zamudio que dada la reglamentación de la institución suspensiva del amparo, lo anterior sólo puede darse en casos limitados, citando como ejemplos el previsto en el artículo 136 de la Ley de Amparo, relativo a actos que afectan la libertad personal, así como el fijado por la jurisprudencia, ya citado, de la clausura provisional.

De lo expuesto se advierte que respecto del asunto relativo a los efectos de la suspensión, la jurisprudencia ha establecido un criterio general que ha admitido ya excepciones, la doctrina está dividida y la ley contempla supuestos que para algunos implican la producción de efectos restitutorios por la suspensión, sin que las disposiciones constitucionales ni el artículo 124 de la propia Ley de Amparo establezcan, como en el caso de la suspensión provisional, que los efectos de la medida suspensiva deban limitarse a "*que las cosas se mantengan en el estado que guarden*". Sin embargo, como critica Burgoa, parece repugnar la idea de que por virtud de la *suspensión se altere* la situación preexistente, poniéndose con ello en contradicción el significado del término con el de la institución a la que identifica.

#### IV. EL *FUMUS BONI IURIS* Y EL DERECHO DE AMPARO

En el presente capítulo nos referiremos ya a la aplicación del *fumus boni iuris* como condicionante para la concesión de la medida suspensiva del amparo, abordando el tema relativo a la fundamentación constitucional que se ha buscado para ello, a lo que podríamos considerar como el segundo argumento que ha sido utilizado en tal sentido, junto con el relativo a la naturaleza cautelar de la suspensión; analizaremos además las nuevas jurisprudencias por contradicción de tesis de nuestro Más Alto Tribunal relacionadas con este tema.

##### A. La Necesidad de Apremiar el *Fumus* y la Fracción X del Artículo 107 Constitucional.

Al inicio del presente trabajo de investigación hicimos referencia a lo que se ha dado en llamar el *decaimiento del amparo en materia administrativa*,<sup>102</sup> lo que se atribuye entre otras razones a la extrema dificultad o imposibilidad que el particular encuentra para obtener la suspensión de los actos reclamados, que como se ha dicho, muchas veces implica de hecho la infuncionalidad del juicio de amparo mismo; tal dificultad o imposibilidad se refiere fundamentalmente a los casos en que dada la naturaleza de los actos reclamados, la jurisprudencia ha estimado que es improcedente la suspensión, particularmente en tratándose de actos negativos y consumados,<sup>103</sup> respecto de los cuales, como se ha dicho ya en múltiples ocasiones, se niega la suspensión por considerar que de concederla se le tendrían que dar efectos constitutivos o restitutorios, propios de la sentencia definitiva.

---

<sup>102</sup> C. fr. cap. I-D.

<sup>103</sup> Véase cap. II-A-2.

En este orden de ideas es que se ha fortalecido la corriente jurídica que se inclina por superar la tradicional fórmula de la suspensión de "*manténganse las cosas en el estado que actualmente guardan*". Así pues, el *quid* de la aplicación a la suspensión del presupuesto relativo al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, parece radicar en lo siguiente: en los supuestos en que tradicionalmente no procede la suspensión, no obstante la certeza del acto y reunirse los requisitos legales, dada la naturaleza de aquél, se pretende que si se advierte una aparente inconstitucionalidad sea concedida la medida suspensiva, necesariamente con efectos innovativos.

El Ministro Góngora Pimentel,<sup>104</sup> a fin de evidenciar la necesidad de buscar en la apariencia de buen derecho el fundamento para conceder la suspensión en tales supuestos, cita el caso de un médico involucrado en una riña con uno de sus vecinos en un multifamiliar del barrio capitalino de Copilco, que al acudir algunos elementos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, resultó detenido; el rijoso doctor fue mantenido incomunicado en "los separos" durante dos días y medio, y al regresar a su domicilio se encontró con que habían sido colocados sellos de aseguramiento en puertas y ventanas, impidiéndole el acceso. Ante la evidente necesidad de entrar a su casa, el doctor interpuso demanda de amparo indirecto por violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, y solicitó la suspensión del acto reclamado. La suspensión provisional le fue negada, aduciendo el de Distrito que el acto revestía el carácter de consumado y que de conceder la medida suspensiva se dejaría sin fondo el amparo. La negativa de suspensión fue impugnada en queja, misma que resolvería el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en favor del doctor, entre otras razones por la aparente inconstitucionalidad del acto (que carecía en lo absoluto de fundamentación y motivación, sin indicar siquiera la autoridad emisora), y el



peligro en la demora. Resuelto el asunto se conoció la razón de la fijación de los sellos: un agente del Ministerio Público de Coyoacán, con gran sentido humanitario, ordenó que se colocaran para evitar que al doctor lo fueran a robar, sólo que como los agentes tienen un turno de veinticuatro horas de trabajo por cuarenta y ocho de descanso, el agente que se encontraba en funciones para cuando el doctor fue puesto en libertad ya no era el mismo que se preocupara por su patrimonio, de modo que desconocía las humanitarias razones que motivaron la colocación de los sellos y desde luego se negaba a retirarlos.

Antes de proseguir con las presentes consideraciones, a manera de paréntesis, estimamos pertinente hacer algunos comentarios respecto del tema de las clausuras, dado que en la práctica judicial han motivado un tratamiento singular. Los criterios jurisprudenciales a que nos hemos referido en múltiples ocasiones, han provocado en tratándose de clausuras especial controversia: se ha discutido si tienen el carácter de actos instantáneos y luego consumados o si por el contrario constituyen actos de tracto sucesivo, con las consecuencias que para la procedencia de la suspensión la solución que se adopte implica; así, mientras que algunos tribunales negaban (y algunos probablemente lo sigan haciendo) la suspensión aduciendo que por tratarse de actos consumados la concesión de la suspensión implicaría restituir al peticionario en el goce de sus garantías, prejuzgando la materia del amparo, otros la concedían por estimar que las clausuras constituyen actos de tracto sucesivo; otros inclusive han distinguido entre la orden de clausura y sus consecuencias, concediendo la suspensión respecto de las segundas y negándola respecto de la primera. El problema se agudizó en virtud de la confusa utilización de calificativos tales como *instantáneo*, *continuo*, *permanente*, *continuado* y *de tracto sucesivo*, según

---

<sup>104</sup> *Ob. cit.*, p. 155 y ss.

quedó ya comentado.<sup>105</sup>

Valga señalar que en el supuesto de las clausuras provisionales o por tiempo determinado, la Corte ha resuelto una esperada contradicción de tesis en la que eludiendo el examen de la naturaleza de las mismas, sostiene que en tales casos debe concederse la suspensión en orden a la conservación de la materia del juicio:

SUSPENSION. PROCEDENCIA DE LA. TRATANDOSE DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO DETERMINADO. Cuando el acto reclamado en el juicio de garantías consiste en clausura temporal, ejecutada, procede conceder la suspensión con el objeto de que el término por el cual se decretó la clausura no se extinga, de modo que no quede sin materia el amparo y se haga imposible la restitución de las cosas al estado que tenían antes de cometerse la violación de garantías; siempre que concurren los requisitos establecidos por el artículo 124 de la Ley de Amparo, particularmente los referentes al interés social y al orden público; toda vez que de no concederse la medida suspensiva, se propiciaría que las sanciones administrativas de carácter temporal, como la clausura por tiempo determinado, quedaran fuera del control constitucional, en virtud de que al transcurrir el período por el que fue impuesta, el juicio de amparo devendría improcedente y, por lo tanto, no se podría analizar su constitucionalidad.<sup>106</sup>

La polémica sería resuelta unos años después, dando paso además al *fumus boni iuris* en relación con el tema concreto de las clausuras definitivas o

---

<sup>105</sup> C. fr. cap. II-A-2.

<sup>106</sup> Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Número 56, agosto de 1992, Tesis: J/2a. 7/92, p. 18. Tesis de Jurisprudencia 7/92. Aprobada por la Segunda Sala de este alto Tribunal, en sesión privada de trece de julio de mil novecientos noventa y dos, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: Presidenta: Fausta Moreno Flores, Atanasio González Martínez, Carlos de Silva Nava, José Manuel Villagordoa Lozano y Noé Castañón León.

por tiempo indefinido, según lo comentaremos más adelante.

Retomando nuestro tema, en apoyo de la nueva corriente cuyo sentido hemos tratado de sintetizar líneas arriba, se ha buscado un fundamento legal expreso, de hecho constitucional, mismo que se pretende haber encontrado en lo dispuesto por la fracción X del artículo 107 de nuestra Ley Fundamental. En el año de 1951 se adicionó a dicho precepto de orden constitucional la fracción X, conteniendo las bases para la concesión de la medida suspensiva en el amparo; en su primer párrafo dispone a la letra:

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

Hemos resaltado la parte del precepto que alude, como elemento que debe considerarse para el otorgamiento de la suspensión, a la *naturaleza de la violación alegada*, puesto que en el mismo, quienes comparten la corriente de pensamiento a que nos hemos venido refiriendo, pretenden encontrar un fundamento para realizar un análisis de la constitucionalidad del acto reclamado en orden a la concesión de la medida suspensiva en los supuestos en que la naturaleza del acto tradicionalmente la frustra.

Como es de notarse, en la reglamentación de la disposición constitucional se ignoró totalmente dicha naturaleza de la violación alegada que para el legislador constitucional mereció mención en primer orden entre los elementos a considerar para el otorgamiento de la suspensión.

Por su parte, en la iniciativa que motivara la adición, leída en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de fecha 19 de noviembre de 1950, se dijo:

De esa manera tanto el legislador secundario como los jueces federales, al regular esta materia, deben acatar normas constitucionales supremas evitando que servicios públicos o de interés general se paralicen o que centros de vicio, la trata de blancas, la producción y el comercio de drogas enervantes, la persistencia en el delito y otros muchos renglones que afectan el orden público o el evidente interés social, funcionen u obstaculicen la recta actividad de las autoridades, mediante suspensiones que jamás debieron otorgarse.

Como se aprecia, tampoco en la iniciativa se aportan datos que aclaren el sentido que el legislador quiso dar a la expresión “naturaleza de la violación alegada”, como muy frecuentemente sucede con las exposiciones de motivos de las iniciativas de reforma de la Constitución y de las demás leyes de la República.

Góngora Pimentel sostiene al respecto:

...de acuerdo al método de interpretación sistemático, la expresión: “violación alegada” comprendida en la fracción X del artículo 107 constitucional, es aquella violación que al ejercitarse la acción de amparo, se aduce contra actos de autoridades que violan en perjuicio del quejoso, un derecho subjetivo público o bien que alteran el régimen federativo de distribución de competencias...<sup>107</sup>

Compartimos la idea de que si en 1950 el legislador se preocupaba de las suspensiones que se concedían debiendo haberse negado, tal vez ahora debamos preocuparnos por las suspensiones que se niegan, debiendo en

atención a la justicia concederse; no obstante, nos parece que la interpretación que se pretende dar al precepto constitucional no deja de ser forzada, y que desde luego por sí sola no parece justificar la aplicación del *fumus* como condicionante para la concesión de la medida suspensiva del amparo.

#### **B. La Suspensión con Efectos de Amparo Provisional.**

Don Ricardo Couto,<sup>108</sup> considerado por muchos el mejor de los estudiosos de la suspensión, ha sostenido una tesis revolucionaria y motivo de grandes controversias, relacionada precisamente con la fracción X del artículo 107 constitucional, que ha sido utilizada por quienes han pretendido la aplicación del *fumus* a la suspensión, como sustento doctrinal de sus posiciones.

Couto parte para sus consideraciones de la premisa de que es necesario dar una nueva orientación a la jurisprudencia prevaleciente sobre la suspensión, según la cual ésta no puede producir los efectos del amparo, lo que en su concepto atenta en contra de los fines de éste último, al inducir a los particulares a que eludan la aplicación de la ley y a las autoridades a que consumen las violaciones que cometen. Tras aclarar que desde luego la suspensión se dirige hacia las consecuencias del acto reclamado, a diferencia del amparo, que opera sobre el acto en sí (punto al que ya hemos hecho referencia), afirma que el principio sostenido por la jurisprudencia es falso en tanto que para efectos prácticos, la suspensión sí equivale al amparo, toda vez que si bien temporalmente, por virtud de la suspensión el quejoso continúa en el goce de la garantía violada, de modo que se ve favorecido por la protección del amparo en lo que tiene de real y efectiva, de donde concluye que la suspensión equivale a un *amparo provisional*; reflexiona Couto que la intuición popular parece haber

---

<sup>107</sup> *Ob. cit.*, p. 91.

<sup>108</sup> *Ob. cit.*

notado esta situación claramente, en razón de lo cual estima que quien ha obtenido la suspensión se encuentra ya “amparado”.<sup>109</sup>

En este orden de ideas Couto afirma que la oposición a que la suspensión pueda producir los efectos del amparo ha provocado que la reglamentación de aquélla se haya estructurado en contraposición a los fines de éste, dado que al analizarse su procedencia exclusivamente en función al cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, se conceden suspensiones respecto de actos evidentemente constitucionales, mientras que otras se niegan en el caso de actos notoriamente inconstitucionales, lo que en el primer caso redundaría en la permanencia del acto violatorio durante la prolongada tramitación del juicio, y en el segundo en la transgresión del interés social y de los valores de orden y respeto que requiere cualquier sociedad bien organizada.

Asimismo, se refiere a la clasificación de los actos reclamados que por aplicación del principio que cuestiona ha realizado la jurisprudencia, lo que a su parecer ha provocado el embrollamiento de la materia y ha dado lugar a decisiones contradictorias, amén de haberle restado seriedad al amparo, toda vez que, en concordancia con sus primeras conclusiones, considera que se han provocado abusos de poder por parte de las autoridades en algunos casos y que los particulares se burlen de las disposiciones gubernamentales en otros. Respecto de los actos consumados, y sin dejar de apuntar las múltiples excepciones a que se encuentra sujeta la regla de que respecto de ellos es improcedente conceder la suspensión, reflexiona nuestro autor en el hecho de que en muchos casos al obtenerse finalmente la sentencia el quejoso ya no tiene ningún interés en la protección de la Justicia Federal, y que aun en el caso de que sí lo tenga, en muchos otros no obtendrá una protección plena, como

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 230 y 231.

esperaba; además, hace notar otras consecuencias nefastas e indeseables que se producen en los hechos, tales como el que la autoridad se apresure a ejecutar sus actos sin preocuparse de su constitucionalidad. En cuanto a los actos negativos, reflexiona Couto en el hecho de que el sistema parece premiar al individuo que se burla de la ley y de las autoridades, sobre el que respetuoso sigue los cauces del Derecho, poniendo el siguiente ejemplo: un individuo, con fundamento en el artículo 4o. constitucional, que consagra la libertad de trabajo, solicita licencia para operar un comercio de giro lícito, misma que le es negada sin justificación; al solicitar el amparo y con él la suspensión del acto, ésta le será negada por tratarse de un acto negativo, de modo que tendrá que esperar hasta la terminación del juicio para gozar de la garantía en cuestión, si es que aún tiene interés en ello; por su parte, otro individuo, de menor escala moral y sabedor de la actuación de las autoridades, decide abrir de *motu proprio* su negocio, y cuando la autoridad le ordene cerrarlo, bastará con que se apresure a interponer su demanda de amparo, solicitando la suspensión, para que evada la clausura, que no constituye un acto negativo.<sup>110</sup> Por lo que toca a los actos consumados también se encuentran en el foro variadísimos ejemplos de la conveniencia de burlar la ley, como el singular caso que cita el Ministro Góngora,<sup>111</sup> relativo a la clausura de un *cabaret* en la Alameda de la Ciudad de México; la “destacada” abogada a quien los propietarios del *cabaret* encomendaron el caso urdió un macabro plan, llevado al cabo por tres de sus pasantes, consistente en degollar en un patio del inmueble que albergaba al *cabaret* a unos cuantos perros callejeros, para que posteriormente personal de Salubridad, en contubernio con la litigante, se presentara a investigar la procedencia de los naturales y terribles olores que para el tercer día eran

---

<sup>110</sup> Habría que apuntar que conforme a los criterios vigentes, en dicho supuesto la suspensión se negaría por la falta de licencia municipal correspondiente (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XII-Diciembre, p. 970.)

<sup>111</sup> *Ob. cit.*, p. 39 y ss.

insoportables para los vecinos, a efecto de lo cual retiraron los sellos de clausura, dando ocasión a la interposición de una demanda de amparo en contra de una clausura inminente; solicitada la suspensión, misma que fue concedida por el juzgador, que desde luego desconocía la historia narrada, el *cabaret* reabrió sus puertas a su exclusiva clientela.

Ante este panorama de criterios contradictorios y de abusos por parte de los justiciables y de las autoridades administrativas, y considerando que la suspensión es, "...si no el único, sí uno de los principales motivos del desprestigio del amparo...",<sup>112</sup> Couto propone como solución el que la concesión de la institución suspensiva no dependa exclusivamente de la existencia de un daño para el quejoso y de la inexistencia de otro para la sociedad o el Estado, sino en un *prejuicio* de la inconstitucionalidad del acto reclamado.

En sustento de su propuesta, refiere Couto que el *prejuicio* como norma de conducta para el dictado de determinaciones judiciales no constituye una novedad en nuestro sistema, citando como ejemplos el auto de formal prisión, la orden de aprehensión, el auto de *exequendum*, y en el caso del amparo, la suspensión de oficio en tratándose de actos como la multa excesiva y la confiscación de bienes. Por otro lado, cita diversas y numerosas ejecutorias en las que se utilizan como fundamento para conceder la suspensión cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de los actos reclamados, punto éste que debe llamar la atención en el sentido de que la realidad, los hechos, parecieran exigir un cambio en la regulación de la materia.

Además de los argumentos anteriores, se refiere Couto a la fracción X del artículo 107 de la Constitución, en la que a su juicio la tesis que sustenta parece

---

<sup>112</sup> *Ob. cit.*, p. 244.



encontrar otro apoyo, de modo que el sistema para la concesión de la suspensión variaría en el sentido de que a los requisitos tradicionales habría que añadir otro, la naturaleza de la violación alegada, esto es, "...su carácter, su peculiaridad, su importancia, su gravedad, su trascendencia social..."<sup>113</sup> (requisito al que según Couto y de acuerdo al orden seguido por el precepto constitucional, incluso se subordinarían los demás); advierte nuestro autor que en el artículo en cuestión no se dice naturaleza del *acto*, sino de la *violación*, de modo que para la concesión de la medida debe el juzgador, en su opinión, partir no sólo de la comprobación de la existencia del acto sino también de la violación, para enseguida realizar un balance entre el perjuicio individual y el social; sostiene que de dicho análisis conjunto de la violación, el perjuicio individual y el interés social, inevitablemente se deriva la necesidad de apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado. Esta es la interpretación del precepto constitucional que a juicio del prestigiado doctrinista se adecua en mejor forma a los fines del amparo. Finalmente en este punto, sostiene Couto que al decir el legislador que los actos reclamados *podrán* ser objeto de suspensión, deja en claro que se trata de una potestad del juzgador que para no ser arbitraria debe ser producto de una investigación, que a su juicio es lógico recaiga en la existencia de la violación.

En este mismo sentido, señala Couto dos argumentos adicionales: en primer lugar se refiere al hecho de que inclusive los propios requisitos exigidos por la ley de amparo para la concesión de la medida suspensiva conducen a la necesidad de apreciar la constitucionalidad de los actos reclamados, particularmente por cuanto a que para determinar jurídicamente la existencia de un "perjuicio", ya sea a la sociedad o al particular, es necesario relacionar a aquél con el derecho de quien lo resiente, puesto que de no existir un derecho lesionado no puede hablarse de la existencia de un perjuicio; en segundo

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 49.

término, se refiere Couto a la existencia de casos en los que inevitablemente el juzgador tiene que apreciar el fondo del asunto para conceder la suspensión, tales como la expulsión del país, en aplicación del artículo 33 de la Constitución, de un individuo que alega haber adquirido la nacionalidad mexicana, el aseguramiento de bienes supuestamente producto de un delito, la multa excesiva en tratándose de suspensión de oficio, etc.

Es fundamental dejar en claro, que contrariamente a lo que muchos de sus críticos afirman ligeramente, e inclusive algunos de sus seguidores, Couto no propone sus ideas como la interpretación correcta de las normas vigentes, sino que reconociendo que el estado actual de la reglamentación del amparo no permite que la concesión de la suspensión se funde en razones de fondo, pretende hacer notar la existencia de una base en los precedentes y aun en algunas disposiciones legales, en la que podría descansar un cambio de orientación en la jurisprudencia que terminara en una reforma legislativa, por la que, entonces sí, la suspensión produjera los efectos de amparo provisional.

Por último, el sistema que propone sólo tendría aplicación en aquellos casos en los que fuera posible la investigación sobre la existencia de la violación, de modo que quedarían excluidos, entre otros, los supuestos de suspensión en amparo directo, los de la suspensión de oficio y en tratándose de resoluciones definitivas dictadas en procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio; por las mismas razones, quedaría fuera de la aplicación del nuevo régimen la suspensión provisional, dada la imposibilidad que generalmente tiene el juez para formarse un criterio sobre la inconstitucionalidad del acto contando sólo con la información contenida en la demanda, a diferencia de lo que sucede en tratándose de la definitiva, dónde existe la posibilidad de ofrecer pruebas, aunque con limitaciones, además de contarse con los datos que aporte el informe previo. De acuerdo a la síntesis que de su doctrina realiza el propio

Couto se desprende que en el sistema que propone, en los casos en que se apreciara la inconstitucionalidad del acto reclamado tendría que concederse la suspensión, analizando los perjuicios que pudieran generarse al tercero perjudicado y a la sociedad únicamente para sujetar a la medida suspensiva a modalidades que salvaguardaran sus intereses; por su parte, cuando no fuera posible formarse un juicio sobre la inconstitucionalidad del acto, la concesión de la medida dependería del balance entre el perjuicio que pudiera resentir el quejoso con la ejecución y el que le irrogaría la suspensión a la sociedad.

Mariano Azuela hace a la doctrina de Couto una crítica que es citada por muchos autores a fin de sustentar doctrinalmente su oposición a las ideas revolucionarias de don Ricardo; sostiene en lo fundamental Azuela que en su opinión la tesis de Couto es susceptible de aplicarse únicamente en orden a calificar el interés social, que como principio general no encuentra apoyo ni en la legislación ni en la exposición de motivos de la reforma constitucional al artículo 107, y que en su opinión cuando el legislador alude a la naturaleza de la violación quiere referirse a la del acto; no obstante, advierte que la intención de Couto es la de propiciar una reforma legislativa y se manifiesta de acuerdo con ello, reconociendo que en el caso de la suspensión de oficio son cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de los actos las que motivan el otorgamiento de la medida y concluyendo que el nuevo sistema redundaría en la disminución del abuso del amparo.<sup>114</sup>

Nos parece necesario hacer notar que Couto no se refiere en lo absoluto a las teorías del Derecho Procesal Civil, no se preocupa por ubicar a la suspensión como medida cautelar, y por ello, cuando habla de la necesidad de apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, no recurre a la noción del *fumus boni iuris*; no obstante, de lo expuesto en éste y en el anterior

apartado parecen derivarse nuevos argumentos en relación con su aplicabilidad al amparo, es decir, en relación con la posibilidad del juzgador de asomarse al fondo del asunto para normar su criterio en orden a la concesión de la suspensión; dichos argumentos son los precedentes a que se refiere Couto, la necesidad de apreciar la constitucionalidad de los actos para determinar la existencia de perjuicios sociales o individuales, y la propia fracción X del artículo 107 de la Constitución, con todo y las evidentes objeciones que sobre su interpretación pueden formularse.

Finalmente, debe notarse también la discordancia existente entre lo que señalamos como *quid* de la nueva corriente en torno a los requisitos para conceder la suspensión a petición de parte en amparo indirecto y el sistema por el que propugna Couto, siendo que mientras que en el primer caso se trata de que la inconstitucionalidad aparente de los actos motive conceder la medida suspensiva en supuestos que tradicionalmente la naturaleza del acto lo impediría, en el segundo se busca convertir tal análisis previo de inconstitucionalidad en el eje de los demás requisitos a que la ley sujeta la obtención de la institución suspensiva.

### C. La Nueva Jurisprudencia.

Pues bien, la nueva corriente de pensamiento en torno a la suspensión, encabezada por su principal promotor, el actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel, encontró por la vía de la jurisprudencia, en la resolución dos contradicciones de tesis, el camino para dar entrada al *fumus boni iuris* como condicionante de la institución suspensiva.

---

<sup>114</sup> Mariano Azuela. *Juicio Crítico* a la obra de Couto, *ob. cit.*, p. 8 y ss.

## 1. Las sentencias.

Aunque pareciera más lógico referirnos primero al debate realizado por los Ministros de la Corte y enseguida a las sentencias dictadas, en razón de que el debate gira en torno a los proyectos preparados por los ponentes y dado que la parte considerativa de los mismos no fue modificada sustancialmente, nos ocuparemos en primer término de las sentencias.

a) Contradicción de tesis 3/95, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Sexto Circuito.<sup>115</sup>

El asunto del que conoció el primero de los tribunales citados consistió en lo siguiente: un individuo que se encontraba recluso en una prisión militar, cierto día fue buscado por un grupo de funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes le exhibieron una orden de visita domiciliaria, e iniciaron ésta, solicitándole al prisionero se identificara y exhibiera diversa documentación contable, que naturalmente no tenía en ese lugar; el individuo presentó una demanda de amparo en contra de tales actos y al resolverse el incidente de suspensión, ésta le fue negada; inconforme con la interlocutoria, el quejoso interpuso el recurso de revisión, del que tomara conocimiento el Colegiado, correspondiéndole la ponencia, por cierto, al entonces Magistrado Góngora Pimentel.

El Tribunal Colegiado revocó la interlocutoria bajo el argumento de que el acto reclamado resultaba de aparente inconstitucionalidad, fundando el estudio de dicha cuestión de fondo en lo dispuesto por la fracción X del artículo 107 de la Constitución, y tras citar diversos asuntos en los cuales la Corte ha

estimado procedente la suspensión por ser los actos reclamados presumiblemente ilegales, se sostiene en la sentencia que el criterio seguido en tales resoluciones obedece al *fumus boni iuris* que justifica la concesión de las medidas cautelares; se hace la aclaración de que el criterio sustentado no entra en conflicto con la jurisprudencia que prohíbe el estudio de cuestiones relativas al fondo para resolver la suspensión, puesto que, se dice, el análisis de inconstitucionalidad se realiza en sujeción a las reglas que rigen a la suspensión y no al amparo. Valga apuntar que en primer lugar no se entiende en este caso la justificación para acudir al *fumus* en sustento de la concesión de la suspensión si conforme a los requisitos legales y naturales la misma resultaba procedente, al menos conforme a la información que se proporciona; por otra parte, el argumento final relativo a que no se violenta la jurisprudencia por estarse sujetando a las disposiciones aplicables a la suspensión, parece del todo simplista, puesto que para llegar a tal afirmación se parte de la interpretación previa de la fracción X del 107 constitucional, en un sentido que precisamente contradice el criterio imperante.

Por cuanto a los efectos que necesariamente tendría la suspensión, se señala la existencia de supuestos en los que la propia ley o la jurisprudencia admiten que la medida suspensiva produzca "...no sólo la suspensión... (sino) ...un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo que pueda un día ser favorable...", aclarando que dicho adelanto se da de manera parcial y provisional, y que se encuentra plenamente justificado por la preservación de la materia del juicio y el evitar que se causen al quejoso perjuicios de difícil o imposible reparación, ello en plena concordancia con las ideas de Fix Zamudio a las que hiciéramos referencia anteriormente.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Se incluye como apéndice A.

<sup>116</sup> Véase cap. III-B.

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado conoció en revisión el caso de una empresa que solicitó el amparo y la suspensión respecto de una diligencia en la que no se le emplazó a un procedimiento y un auto en el que se proveyó no haber lugar a llamarle al mismo. El juez de Distrito negó la suspensión definitiva por considerar que los actos reclamados revestían el carácter de consumados y que de concederla ello equivaldría a darle efectos restitutorios, propios de la sentencia de fondo.

El Colegiado confirmó la interlocutoria dictada en el incidente, aclarando que contrariamente a lo pretendido por el quejoso recurrente, al resolverse sobre la suspensión no pueden estudiarse cuestiones relativas al fondo del amparo, esto es, no pueden hacerse pronunciamientos respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados; por otra parte, aclara que en realidad los actos reclamados no tienen naturaleza de consumados, pero que de cualquier modo, siendo negativos, resulta improcedente su suspensión.

En la sentencia de la Corte, cuyo proyecto corrió a cargo de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, se hace consistir la contradicción de criterios en lo siguiente:

Mientras que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sustenta el criterio mayoritario de que procede conceder la suspensión de los actos reclamados si el juzgador, sin dejar de observar los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, considera que los actos son aparentemente inconstitucionales; el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, por su parte, sostiene que a fin de decidir la procedencia o improcedencia de la suspensión definitiva de los actos reclamados, sólo puede atenderse al hecho de que aparezca demostrada la existencia de los actos reclamados y de que, en su caso, se reúnan los requisitos del artículo 124 de la

ley de la materia, ya que hacer cualquier pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los actos reclamados a la luz de los conceptos de violación contenidos en la demanda de amparo, implica resolver cuestiones de fondo que atañen a la sentencia que resuelve el amparo, toda vez que la materia de la suspensión difiere de la del juicio de garantías, por lo que al decidirse sobre ésta no pueden estudiarse cuestiones que se refieren al fondo del amparo.

A fin de resolver la contradicción, se cita en la sentencia la interpretación que Couto propusiera para la fracción X del 107 constitucional, se utiliza su argumento en el sentido de que el propio estudio del perjuicio que puede originarse para el quejoso implica el estudio de su derecho, se menciona que en numerosas ocasiones, de hecho, los jueces de Distrito se “asoman” al fondo del negocio para conceder o negar la suspensión solicitada, y se llega, en total coincidencia con la sentencia del tribunal capitalino, a las siguientes conclusiones:

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 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.*

Nos parece importante hacer notar que no se aclara en la sentencia el campo de acción del nuevo requisito de procedencia, además de que se dice que deberá *sopesarse* con los requisitos legales, y por último, al ejemplificarse la forma en que se tendría que sopesar, lo que se contrasta es el orden público y el interés social con el interés del quejoso, sin que se involucre al *fumus*.

b) Contradicción de tesis 12/90, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito.

El asunto del que tomó conocimiento el Segundo Tribunal Colegiado consistió en lo siguiente: ante la clausura por tiempo indefinido de una negociación mercantil, sus propietarios solicitaron el amparo y la suspensión respecto de la misma; la suspensión provisional les fue negada, aduciendo el de Distrito que los actos reclamados revestían el carácter de consumados, citando el

criterio jurisprudencial de rigor; al conocer del recurso de queja interpuesto por los quejosos, el Colegiado revocó la resolución del inferior por estimar que la clausura constituía un acto de tracto sucesivo.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado conoció en revisión del incidente de suspensión tramitado con motivo de la demanda de amparo interpuesta por los propietarios de un predio en contra de las órdenes de desocupación, toma de posesión y demolición dictadas por autoridades de la capital, así como de su ejecución, actos que fueron estimados como consumados por parte del Juez de Distrito, cuyo criterio fue confirmado por el Colegiado, que a modo de ejemplo y para evidenciar la diferencia entre los actos consumados y los de tracto sucesivo (como pretendían los quejosos se calificara a los actos de que se dolían) se refirió al caso de las clausuras, a las que calificó como actos consumados. La ponencia, valga señalar, le correspondió a Góngora Pimentel nuevamente, quien para esas fechas aún no postulaba la tesis del *fumus*.

La contradicción de tesis, como es obvio, se encontraba en que mientras para el primero de los tribunales involucrados la clausura constituía un acto de tracto sucesivo, para el segundo revestía el carácter de consumado; la Corte, resolviendo con ello la antigua controversia, señaló:

...en cuanto al tema específico de la presente contradicción de tesis, debe decirse que tiene razón el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al sustentar que en los actos de tracto sucesivo existe una pluralidad de acciones dirigidas a un solo fin, pues es necesaria la realización de acciones periódicas por parte de la autoridad a fin de que en el transcurso del tiempo el acto siga produciendo efectos, como sucede con la intervención de una negociación, en la cual las acciones se repiten en cada operación contable,

comercial o administrativa. Por el contrario, hay actos en los que no existe una pluralidad de acciones con unidad de intención, sino que se efectúan en un solo acto, como acontece en la clausura, cuyos efectos se prolongan en el tiempo e impiden la continuación del funcionamiento del giro, sin necesidad de que la actuación de la autoridad se repita una y otra vez.

Pero la Corte fue más allá, y bajo los mismos argumentos seguidos en la sentencia de contradicción de tesis 3/95, concluyó:

Empero, es inexacto que en contra de la clausura ejecutada no puede otorgarse la suspensión para que se reabra la negociación, porque ello significaría volver las cosas a su estado anterior, reponiendo al quejoso en el goce de la garantía supuestamente violada.

Al respecto debe decirse que si toda medida cautelar descansa en los principios de la verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro en la demora, entonces nada impide que ante un acto de autoridad que se prolonga en el tiempo, pueda el Juez de Distrito analizar esos elementos y si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que implican *no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado*, para resolverlo posteriormente en forma definitiva y, permitir, mientras tanto, el desarrollo de ciertas conductas por parte del gobernado, que si se le impidieran ocasionarían perjuicio a él y, algunas veces, a terceros, como los trabajadores de un lugar que, de manera notoriamente inconstitucional, fuera sancionado con la clausura.

Lo anterior tiene sustento en la fracción X del artículo 107 constitucional, que dispone que para la concesión de la suspensión deberá tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada, lo que supone la necesidad de realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho esgrimido por el solicitante, con miras a otorgar la medida cautelar para evitar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y conservar viva la materia del juicio, si con ello no se lesionan el interés social o el orden público; pues resultaría incongruente que el

Juez de amparo advirtiera que el acto de autoridad es, a primera vista, violatorio de garantías y no disponga de ningún medio legal para ponerle remedio, aun en forma provisional, porque tal acto sea consumado. Luego, cuando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora lo ameriten, el Juez de Distrito puede otorgar, excepcionalmente, la medida suspensiva levantando el estado de clausura, lo cual *no tendrá efectos restitutorios, propiamente dichos, porque el tiempo que haya permanecido clausurado el negocio ya nadie puede restituirlo al quejoso*; así, el efecto de la suspensión será interrumpir el estado de clausura mientras se resuelve el fondo del asunto, sin perjuicio de que si se niega el amparo, porque la "aparición del buen derecho" sea equivocada, la autoridad pueda reanudar la clausura hasta su total cumplimiento.

Tales razones llevan a concluir que, en ciertos casos, debe estimarse que la clausura, si bien es un acto jurídico que se inicia con la imposición de los sellos, sus efectos materiales se prolongan en el tiempo y, por esa razón, aunada al recto criterio del juzgador, debe la suspensión del acto reclamado, lograr levantar los sellos de clausuras ya ejecutadas; si esto acontece, la empresa afectada podrá prestar sus servicios al público, mientras espera la sentencia de amparo que, en definitiva, resolverá si el acto reclamado es o no inconstitucional.

Por último, se aclara en la sentencia que el criterio sustentado no implicaría dejar sin efectos la jurisprudencia relativa a la improcedencia de la suspensión en tratándose de actos consumados, misma que de dice es válida como principio general, de modo que la nueva jurisprudencia constituiría una excepción al mismo.

Aquí debemos detenernos en la calificación que se pretende dar a los efectos que tendría la concesión de la suspensión en el supuesto de que se trata, diciéndose primero que no implicarían una restitución sino un *adelanto*

*provisional del derecho cuestionado*, y posteriormente que no se trataría de *efectos restitutorios propiamente dichos*, aduciendo que el tiempo ya transcurrido en estado de clausura no podría ser restituido. Al respecto hay que decir en primer término que cualquiera que sea el nombre que se le pretenda dar a los efectos, se trata en definitiva de efectos innovativos que se alejan del de simplemente *conservar las cosas en el estado en que se encuentren*; en segundo lugar, lo que se señala respecto de la imposibilidad de restituir al quejoso plenamente puede decirse también de la sentencia de amparo en tales casos, de modo que carece de relevancia a nuestro parecer.

Por otra parte, no obstante que una de las resoluciones en contradicción fue dictada en relación con la negativa de la suspensión provisional solicitada por el quejoso, no se hace en la sentencia de contradicción de tesis señalamiento alguno respecto de si el criterio en cuestión tendría aplicación en tratándose de la suspensión provisional al igual que si se tratara de la definitiva. Ya se comentaba en otro capítulo que en tratándose de la suspensión provisional existe el inconveniente del texto del artículo 130 de la Ley de Amparo, que expresamente alude a los efectos eminentemente conservativos de la medida, por lo que la generalidad de la doctrina, incluyendo a don Ricardo Couto, coincide en darle a la misma un tratamiento diverso.<sup>117</sup>

## 2. El debate.

En sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 14 de marzo de 1996, estando ausentes los Ministros Juventino V. Castro y Humberto Román Palacios y bajo la Presidencia del Ministro José Vicente Aguinaco Alemán, se desarrolló el debate de ambos

---

<sup>117</sup> Véase cap. III-B.

proyectos.<sup>118</sup>

De las diversas participaciones de los Señores Ministros, destacan a nuestro juicio las siguientes:

a) El Ministro Ortiz Mayagoitia, ponente de la contradicción de tesis 12/90, señala que la intención del proyecto es darle a la disposición de la fracción X del artículo 107 constitucional un sentido práctico, en lo relativo al estudio de la naturaleza de la violación alegada, y que por la interpretación doctrinaria y precedentes, se entiende que para ello es necesario analizar de manera provisional cuestiones relativas al fondo de la controversia, es decir, la inconstitucionalidad del acto de que se trate. En otra intervención, para finalizar el debate, se refiere el Ministro a una cuestión fundamental, cuando alude a que el análisis del fondo no vincularía al juez para conceder la suspensión en todos los casos, sino que a su juicio ello tendría un carácter excepcional fundamentalmente en relación con los actos consumados y con el criterio de que la suspensión no puede producir efectos restitutorios.

Este último comentario del Ministro Ortiz Mayagoitia resulta fundamental en orden a circunscribir el campo de aplicación del nuevo criterio, puesto que como se ha visto, las sentencias no lo aclaran, y como se verá más adelante, en la redacción del sumario de la tesis tampoco se precisa, siendo desde luego una cuestión de capital importancia, puesto que se puede dar lugar a confusiones y abusos en el foro. Inclusive, de las intervenciones de algunos de los Señores Ministros parece notarse que ellos mismos no están muy claros al respecto.

---

<sup>118</sup> México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Apariencia del Buen Derecho*, México, Themis, 1996, p. 1 y ss.

b) El Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo se opuso en principio al proyecto, aduciendo que el criterio seguido en el mismo llevaría a que la suspensión quedara sujeta al subjetivismo (al “ojo de buen cubero”, señaló), que el estudio del fondo sólo era posible a su juicio respecto de los extremos de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que cuando la Constitución habla de naturaleza de la violación alegada se refiere al acto, que no estaba seguro de que le fueran aplicables a la suspensión el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, y que a su juicio el problema se resolvería simplemente con reconocer que las clausuras son actos de tracto sucesivo. Además, cuestionó el hecho de que de acuerdo a la tesis propuesta no obstante que quedarán acreditados los extremos del artículo 124 de la Ley, si para el juzgador no existía apariencia de buen derecho, se negaría la medida suspensiva.

Como es de notarse, el Ministro Gudiño pone en duda prácticamente todas las consideraciones esenciales de los proyectos, y refleja lo ya dicho en el sentido de que no se aprecia con claridad en los mismos el alcance del criterio, es decir, en qué casos y con qué jerarquía podrá o deberá estudiarse la apariencia de buen derecho del quejoso que solicita la suspensión.

c) Acto seguido, el Ministro Aguirre Anguiano manifestó su preocupación porque se tomara más en cuenta el derecho de la sociedad en relación con el acto de autoridad, que cuenta con la presunción de haber sido dictado conforme a Derecho, poniendo el ejemplo de un cine clausurado por motivos de seguridad; dada la falta de fundamentación y motivación en los sellos, el propietario del cine interpone una demanda de amparo y solicita la suspensión, misma que le es concedida contar con la apariencia de buen derecho; levantada la clausura y reabierto el cine, se viene abajo ocasionando la muerte de cientos de personas. Por lo que toca a los efectos que tendría la suspensión en tales casos, los califica de “semirrestitutorios”.

d) El Ministro Juan Díaz Romero alude al hecho de que en la práctica diaria los jueces de Distrito toman en consideración veladamente el fondo del asunto para conceder o negar la medida; asimismo, reflexiona en el hecho de que el subjetivismo al que se aludiera en otra de las participaciones estaría presente con o sin la nueva jurisprudencia y que en todo caso debe confiarse en el recto criterio del juez.

e) Por su parte, el Ministro Mariano Azuela Güitrón se refiere al ejemplo puesto por el Ministro Aguirre Anguiano, haciendo notar que de caerse el cine no sería por culpa del juez que otorgó la suspensión sino por la de la autoridad que no se preocupó por fundar debidamente el acto, dando toda la apariencia de ilegalidad.

f) El promotor de la nueva corriente de pensamiento y además participante activo en las sentencias en debate como ponente, el ahora Ministro de la Corte Genaro David Góngora Pimentel (recientemente electo Presidente de dicho tribunal), cuyas ideas influyeron en forma por demás importante en la redacción de los proyectos, evidenció el absurdo que se sucede frecuentemente en los juzgados de Distrito, donde los jueces o sus secretarios se ven "obligados" a negar la suspensión sabedores de que muy probablemente el amparo será concedido al final del proceso. Por otra parte, se refirió al hecho de que la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal ya contemplaba la posibilidad de otorgar la suspensión con efectos restitutorios, reflexionando en que si en ese supuesto el cambio vino por la vía de la legislación, la Corte podría resolver el problema en presencia por la vía de la interpretación.

g) Finalmente, el entonces Presidente de la Corte, el Ministro Aguinaco



Alemán concluyó que no debían los Señores Ministros esperar a que una disposición legislativa resolviera el problema si el mismo podía solucionarse jurisprudencialmente.

Finalmente ambos proyectos fueron aprobados por el voto unánime de los Ministros presentes.

### 3. Las tesis.

La contradicción de tesis 3/95 dio origen a la siguiente tesis de jurisprudencia:

SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO. La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, *sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho* invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al

derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. En todo caso dicho análisis debe realizarse, sin prejuizar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquella sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que *deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.*<sup>119</sup>

Al igual que la sentencia que la originó, hay que señalar que ni el rubro ni el texto de la tesis proporcionan idea alguna respecto del campo de aplicación de la nueva condicionante o requisito de la suspensión, puesto que se señala que sin dejar de observar los requisitos legales puede apreciarse la inconstitucionalidad del acto reclamado, siendo pues la pregunta obligada ¿para qué?; es decir, pareciera que se trata de un requisito adicional que en todo caso sólo podría motivar la negativa de la suspensión, lo cual desde luego se contradice con el sentido general de la tesis y con las consideraciones de la ejecutoria. Lo que falta en la tesis es la precisión a la que se refería el Ministro Ortiz Mayagoitia, de modo que quedara claro que se motivaría el estudio de

---

<sup>119</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su

fondo cuando dada la naturaleza de los actos reclamados, la suspensión resultaría improcedente porque habría que darle efectos restitutorios, conforme a los multicitados criterios existentes, en tratándose principalmente de actos consumados o negativos.

Por otra parte, se repite en la tesis la última de las conclusiones de la sentencia, cabiendo hacer los mismos comentarios realizados en su oportunidad, es decir, se habla de sopesar el estudio sobre el *fumus* con los requisitos que exige la Ley de Amparo en el artículo 124, pero enseguida se ejemplifica y lo que compara son los propios requisitos legales entre sí y no éstos con la apariencia de buen derecho del peticionario.

Por lo demás, se utilizan como argumentos torales de la aplicación del *fumus boni iuris* a la suspensión la naturaleza cautelar de ésta, y lo dispuesto por la fracción X del artículo 107 de la Constitución.

Por su parte, la tesis resultante de la contradicción de tesis 12/90 quedó redactada de la siguiente forma:

SUSPENSION. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. El artículo 107, fracción X de la Constitución General de la República, establece como uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión del acto reclamado en el amparo, el de tomar en cuenta la naturaleza de la violación alegada; esto es, el juzgador deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, sólo para efectos de la suspensión. Tal anticipación es posible porque la suspensión se asemeja, en el género próximo, a las medidas cautelares, aunque es evidente que está caracterizada por diferencias que la perfilan de manera singular y

concreta. Sin embargo, le son aplicables las reglas de tales medidas, en lo que no se opongan a su específica naturaleza. En este aspecto cabe señalar que son dos los extremos que hay que llenar para obtener la medida cautelar: 1) Apariencia de buen derecho y 2) Peligro en la demora. La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso; el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales. Consecuentemente, *si toda medida cautelar descansa en los principios de verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro en la demora, el Juez de Distrito puede analizar esos elementos en presencia de una clausura ejecutada por tiempo indefinido, y si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que impliquen no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional*; así, el efecto de la suspensión será interrumpir el estado de clausura mientras se resuelve el fondo del asunto, sin perjuicio de que si se niega el amparo, porque la "aparición del buen derecho" sea equivocada, la autoridad pueda reanudar la clausura hasta su total cumplimiento. Lo expuesto anteriormente se sustenta en la fracción X del dispositivo constitucional citado, que establece que para conceder la suspensión deberá tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada, lo que supone la necesidad de realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho esgrimido, con miras a otorgar la medida cautelar para evitar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y conservar viva la materia del juicio, si con ello no se lesionan el interés social y el orden público, lo cual podrá resolver la sensibilidad del Juez de Distrito, ante la realidad del acto reclamado, pues si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, P./J. 16/96, p. 36.

Bajo los mismos argumentos que la tesis anterior y con el mismo inconveniente por lo que se refiere a la supuesta obligación de sopesar el juicio de verosimilitud sobre el derecho con los requisitos previstos por la Ley de Amparo, en el texto de esta tesis sí se hace al menos una tenue referencia a los supuestos en que será necesario acudir al examen de la inconstitucionalidad aparente del acto reclamado, esto es, cuando *“la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz”*, es decir, cuando la concesión de la suspensión implicaría darle efectos constitutivos o restitutorios.

Por otra parte, debe advertirse que en concordancia con lo dicho en la sentencia, se evita aceptar que los efectos de la suspensión serán en tales casos restitutorios, a efecto de lo cual se dice que en realidad constituirán *“un adelanto provisional del derecho cuestionado”*; independientemente de las objeciones que han quedado ya comentadas, nos parece que la expresión no es del todo afortunada, puesto que lo que se adelanta es la protección de la sentencia definitiva, algunos de sus efectos, no el derecho cuestionado.

## V. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En este último capítulo apreciaremos la operatividad del *fumus boni iuris* en el ámbito de la justicia administrativa, particularmente por lo que se refiere al proceso contencioso-administrativo, así como los efectos que se admiten para las medidas cautelares y entre ellas para la suspensión en dicho ámbito, ello tanto en Derecho interno como comparado.

### A. En México.

El artículo 59 de la nueva Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal<sup>121</sup> dispone:

La suspensión podrá solicitarla el actor en cualquier etapa del juicio y *tendrá por efecto evitar que se ejecute la resolución impugnada*. Sólo podrá ser concedida por el Presidente de la Sala a petición del Magistrado Instructor a quien le haya sido solicitada por el actor dentro del término de 24 horas siguientes a la petición. 50177

*Cuando los actos que se impugnan hubieren sido ejecutados y afecten a los demandantes impidiéndoles el ejercicio de su única actividad de subsistencia o el acceso a su domicilio particular, el Presidente de la Sala podrá dictar las medidas cautelares que estime pertinentes para preservar dicho medio de subsistencia.*

*Excepcionalmente, bajo su más estricta responsabilidad el Presidente de la Sala podrá acordar la suspensión con efectos restitutorios, en cualquiera de las fases del procedimiento hasta antes de la sentencia respectiva.*

No se otorgará la suspensión si es en perjuicio del interés social, si se contravinieren disposiciones de orden público o se dejare sin materia el juicio.

La suspensión podrá ser revocada por el Presidente de la Sala en cualquier etapa del juicio, si varían las condiciones por las cuales se otorgó.

Como se aprecia, se establece como principio y regla general el que la suspensión tenga por efecto evitar la ejecución de la resolución impugnada (mantener las cosas en el estado en que se encuentren), pero se contempla la posibilidad excepcional, a juicio del Presidente de la Sala, de que la misma tenga efectos restitutorios, con lo que en esta materia se ha tomado abierta y decididamente la decisión de romper con el criterio tradicional, en orden a la efectividad de la tutela. Es de criticarse, sin embargo, el hecho de que no se precisen los presupuestos que debe considerar el Presidente de la Sala para darle o no efectos restitutorios a la suspensión; nada se dice pues del *fumus* ni del *periculum in mora*.

Por lo demás, la afectación al interés o al orden público se supraordena en relación con cualquier posibilidad de darle efectos positivos a la suspensión y por ello, a nuestro juicio, al *fumus*. Se señala además, y esto es una innovación, que si con la suspensión se deja sin materia el juicio, aquélla debe negarse.<sup>122</sup>

Pero el legislador va más allá y le confiere al Tribunal un poder cautelar general,<sup>123</sup> de modo que éste puede ordenar cualquier medida cautelar que

---

<sup>121</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de diciembre de 1995.

<sup>122</sup> La aplicación de este principio, recogido ahora por la LTCADF, pero utilizado en el amparo comúnmente, es criticada por Couto, quien hace notar que en ocasiones tanto si se concede la suspensión como si se niega, el juicio quedaría sin materia, poniendo el siguiente ejemplo: la autoridad política de un estado de la República prohíbe la celebración de una corrida de toros programada para una fecha determinada; el empresario interpone demanda de amparo y solicita la suspensión del acto reclamado, misma que le es negada en razón de que de concederse, "el quejoso obtendría lo que sería materia de la sentencia de fondo", dejando al juicio sin materia; antes de pronunciarse siquiera la sentencia de primera instancia, pasa la fecha programada para la corrida, quedando el juicio sin materia; así pues, reflexiona Couto en el hecho de que o bien se concede la suspensión en tales casos (aceptando que produzca "efectos propios de la sentencia de fondo"), o bien se acepta que el amparo en tales casos no es capaz de alcanzar sus fines, lo cual desde luego parece inaceptable.

<sup>123</sup> Calamandrei y Chiovenda difieren respecto de la admisibilidad de un poder cautelar general en el Derecho italiano, es decir, sobre si ante la posibilidad de un daño derivado del retardo de la providencia principal tiene el juez la facultad de proveer en orden a eliminar el peligro con

estime pertinente, si bien únicamente en presencia de los dos supuestos precisados en el propio precepto. Este es un avance de enorme trascendencia en nuestro Derecho, que viene sin lugar a dudas a revolucionar la manera de entender las medidas cautelares, pero sobre todo, a despertar el ánimo de justicia que debe conducir la construcción de las normas procesales.

Valga señalar que el segundo párrafo de este artículo tiene por antecedente el tercer párrafo del artículo 58 de la Ley anterior, en el que no se recogía el supuesto relativo a la imposibilidad de acceder al domicilio y se limitaba la posibilidad de dictar las medidas cautelares que se estimaran pertinentes únicamente a los casos en que se tratara de particulares de escasos recursos económicos. Esta disposición resultó de la reforma que se hizo a la Ley en el año de 1978, cuya iniciativa decía:

Con objeto de dar una mayor y más efectiva protección a los ciudadanos de escasos recursos económicos y culturales se da una nueva dimensión social al concepto tradicional de la suspensión, a fin de proteger al ciudadano que se vea afectado con la ejecución de un acto *arbitrario* que repercuta gravemente en su vital subsistencia impidiéndole el ejercicio de la actividad que garantice el sustento cotidiano de él y su familia.

Para este efecto se estima conveniente conceder facultades al tribunal para dictar las medidas cautelares y proteccionistas que sirvan para preservar el derecho y remediar la injusticia que supone la necesidad de obtener sentencia definitiva para lograr la restitución de los derechos afectados.

Como está implícito en la iniciativa, al referirse a actos "arbitrarios", y corresponde a toda medida cautelar, la providencia habrá de dictarse siempre

---

los medios que juzgue apropiados; la controversia obedece a que ningún precepto de la ley procesal italiana lo contempla expresamente, como sí sucede ahora en la ley administrativa mexicana que se comenta, en donde se prevé una providencia cautelar genérica e innominada que no deja lugar a dudas.



que se advierta la posibilidad de un daño por el retardo de la providencia principal a quien cuenta con un derecho, al menos en apariencia.

En Jalisco, desafortunadamente, la Ley del Procedimiento Administrativo<sup>124</sup> no ha sido partícipe de la nueva corriente y recoge por ende el sistema tradicional sobre la suspensión.

## **B. Derecho Comparado.**

Estudiaremos finalmente los más recientes avances que sobre las medidas cautelares se han producido en Europa y que sin lugar a dudas han sido el modelo seguido para los incipientes cambios que se han dado en nuestro país.

### **1. La sentencia *Factortame* de 19 de Junio de 1990.**

Esta sentencia, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resulta de gran importancia en el Derecho Comunitario, siendo que marcó la pauta de la eficacia del mismo frente a los Derechos nacionales, así como de las obligaciones que frente a aquél tienen los jueces locales. Pero independientemente de tal cariz, la sentencia recoge una nueva doctrina sobre las medidas cautelares en materia administrativa, que ha llevado a algunos países europeos a cambiar su sistema interno de tutela cautelar, en orden a garantizar su eficacia. La doctrina, debe decirse, no es otra que la propuesta en la magistral reconstrucción de Calamandrei, que tardó cincuenta años en llegar al Tribunal Constitucional Italiano y que sesenta años después aún no termina de aceptarse en nuestro país.

---

<sup>124</sup> La Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo para el Estado de Jalisco cambió su nombre por el de Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco por reforma publicada en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el 14 de marzo de 1998.

El asunto que llegó al Tribunal de Justicia europeo consistía en lo siguiente:

En el año de 1988 el Parlamento inglés emitió una ley, la *Merchant Shipping Act*, por la que se reservaba la pesca en aguas inglesas para barcos con bases en puertos británicos, que descargaran la pesca preferentemente en puertos británicos y cuyo propietario o explotador fuera un ciudadano británico residente en el Reino Unido, o bien, una sociedad británica con residencia en su territorio y cuyo capital y administración correspondiera en una proporción mínima del setenta y cinco por ciento a ciudadanos británicos, o bien en el caso de la administración, a residentes.

Es el caso que una serie de sociedades constituidas o adquiridas en el Reino Unido por ciudadanos españoles y que descargaban en puertos preferentemente españoles, con una flota total de noventa y cinco embarcaciones, interpusieron un "recurso" contencioso-administrativo (*judicial review*, en la terminología inglesa) en contra de las medidas aplicativas de la Ley, que señalaba un plazo transitorio para la extinción de las situaciones existentes, lo que obligaría a los pescadores españoles a amarrar o malvender sus barcos; el recurso se basaba en la contradicción de la nueva Ley inglesa con el Derecho Comunitario, y se solicitaba como medida cautelar (*interim relief*) la suspensión del plazo citado mientras se sustanciara el recurso; la *High Court* acordó la medida cautelar solicitada y por cuanto al fondo, planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sin embargo, la *Court of Appeal* revocó la suspensión concedida por estimar que un tribunal británico no podía suspender leyes emitidas por el Parlamento; en una segunda apelación, la Cámara de los Lores, tras confirmar la negativa de la suspensión, en este caso con el argumento de que no era posible acordar un *interim relief* en

contra de la Corona, planteó una nueva cuestión prejudicial al Tribunal europeo, en la que se le cuestionaba si el Derecho Comunitario imponía la suspensión de las leyes nacionales en supuestos como el de sus autos, y en su caso, bajo qué requisitos y en cuáles circunstancias deberían de suspenderse.

Este último punto es el que se resolvió por virtud de la sentencia del 19 de junio de 1990, en la que se dijo que si el único obstáculo para que un juez pudiera ordenar una medida cautelar solicitada radicaba en una regla de su Derecho nacional, debía excluir la aplicación de tal regla, ello justificado bajo el principio general de la primacía del Derecho Comunitario respecto del interno. Por lo demás, la sentencia, redactada en términos extremadamente concisos, señala que las medidas cautelares se deben acordar "en vista de garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional". Valga apuntar que en cumplimiento de la sentencia, con fecha 26 de julio del mismo año, la Cámara de los Lores dictó una *Order* por virtud de la cual se suspendieron los efectos de la *Merchant Shipping Act*.

Es en el escrito de Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaro en donde se contiene en forma mucho más desarrollada la doctrina sobre medidas cautelares, misma que sin lugar a dudas el Tribunal de Luxemburgo recoge en la sentencia, reducida a su esencia.

Se refiere Tesaro en primer término al principio formulado por Chiovenda, al que ya nos hemos referido antes, según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón", al que califica como principio general del Derecho; señala que la tutela cautelar tiene precisamente ese fin, evitar que el tiempo necesario para llegar a la sentencia concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho, es decir, lograr la efectividad de la tutela judicial. En otras palabras, la función de

las medidas cautelares consistiría en evitar que el efecto útil de la sentencia resulte vano.

Enseguida se alude en las Conclusiones al tema de la presunción de legitimidad de la Ley y del acto administrativo, misma que a su juicio no puede implicar la imposibilidad de tutelar cautelarmente, siendo que la legitimidad definitiva está sujeta al control jurisdiccional y dado que la postura contraria implicaría negar de raíz la posibilidad de la tutela cautelar.<sup>125</sup>

Más adelante, en relación con los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, afirma que la situación de apariencia de derecho es la razón misma de la medida cautelar y que corresponde al juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante para otorgar o denegar la tutela cautelar “en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (*fumus boni iuris*), así como a la posibilidad de que una u otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de la decisión definitiva del juicio (*periculum in mora*)”.

Más adelante sostiene:

No me parece que la materia deje gran espacio a la fantasía o permita descubrimientos revolucionarios en la teoría jurídica o en los ordenamientos positivos,...habiéndose identificado en el *fumus boni iuris* y en el *periculum in mora* los dos presupuestos fundamentales de la tutela cautelar. Que se ponga el acento en uno o en otro de esos dos presupuestos corresponde a cada ordenamiento; o bien el *fumus* coincide perfectamente con la manifiesta falta de fundamento o con el fundamento *prima facie* del derecho, *aut similia*; o que en la

---

<sup>125</sup> C. fr. cap. I-D.

valoración del *periculum* se incluya, además de la tradicional y necesaria ponderación o balance de las posiciones enfrentadas (para evitar que la propia medida cautelar a su vez pueda determinar un daño irreparable para la otra parte), también una expresa toma en consideración del interés público; todo esto forma parte de la prudente apreciación del juez nacional, que en cada caso valorará justamente la oportunidad o la necesidad de conceder o de negar una decisión cautelar para tutelar provisionalmente los derechos alegados.

El profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Eduardo García de Enterría,<sup>126</sup> quien comenta la sentencia, destaca la importancia de la misma en el ámbito de lo contencioso-administrativo, al poner de relieve los fundamentos y el alcance de la tutela cautelar:

No es el solo afán de evitar perjuicios irreparables (el fundamento de la tutela cautelar)...pues la protección cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia de buen derecho (o, desde otra perspectiva, si la posición de la Administración aparece *prima facie* como fundada); el *fumus boni iuris*, ni mencionado en la Ley, ni utilizado, que yo sepa, por la jurisprudencia, es siempre la verdadera causa; la irreparabilidad de los perjuicios...es una condición previa.<sup>127</sup>

Más adelante, por cuanto a los alcances de la tutela cautelar, afirma: "será admisible cualquier medida cautelar, valorada con el *standard* de la proporcionalidad que sea necesaria para que no se frustre la tutela judicial efectiva."<sup>128</sup>

Por otra parte, destaca también el profesor español el hecho de que al centrarse la doctrina comunitaria en los elementos básicos de las medidas

---

<sup>126</sup> *Ob. cit.*, p. 135 y ss.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 136.

cautelares, puede entenderse mejor el hecho de que la inexistencia de perjuicios al interés público derivados de la concesión de la suspensión no puede considerarse como un requisito *sine qua non* en orden a su otorgamiento; sostiene que el enfrentamiento entre la necesidad de la medida cautelar y el interés público debe ventilarse a la luz del *fumus boni iuris*, único criterio válido a su juicio, si bien acepta la existencia de situaciones extremas de perturbación grave al interés general, que pudieran admitir un trato diverso. Concluye que la posibilidad genérica de denegar medidas cautelares frente a la Administración por razones de interés público equivale a negar en lo absoluto la pertinencia de aquéllas, que se insiste, son una exigencia de la tutela judicial efectiva.

Sobre este tema Carmen Chinchilla sostiene por su parte que el interés general debe prevalecer sobre el privado, ello en razón de la cláusula social del Estado y del principio elemental de la solidaridad, de modo que en su concepto sí puede haber un interés general en ejecutar un acto administrativo a pesar de que ello pueda privar de tutela judicial efectiva a un ciudadano.<sup>129</sup> Concluye y concretiza sus ideas sobre el particular diciendo:

En todo caso, no serán tantos los supuestos en los que, por exigencias del interés general, sea absolutamente necesario ejecutar un acto administrativo o denegar una medida cautelar solicitada, a pesar de que concurren las condiciones necesarias para su adopción, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Serán casos excepcionales, de esos en los que cobra vigencia el principio *salus publica suprema lex est*, y desde luego la Administración tendrá que argumentarlo con motivos serios y no con alusiones genéricas al interés público.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> *Idem.*

<sup>129</sup> *Ob. cit.*, p. 185.

<sup>130</sup> *Idem.*

## 2. La recepción del *fumus* en España.

La doctrina que en la Universidad Complutense de Madrid se ha producido sobre el tema de las medidas cautelares sin duda ha incidido en gran medida en la nueva jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, por conducto del Ministro Góngora Pimentel, quien apuntala en repetidas ocasiones sus argumentos con los de destacados profesores de dicha Universidad. Dicha doctrina ha venido creciendo sobre todo a raíz del giro jurisprudencial acaecido en aquella nación europea luego de *Factortame*.

Con notoria influencia de la nueva doctrina comunitaria, la Sala 3a. del Tribunal Supremo español, por auto de fecha 20 de diciembre de 1990,<sup>131</sup> cambió expresa y deliberadamente la línea jurisprudencial existente respecto de las medidas cautelares en materia administrativa, al interpretar el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de aquél país, ampliando además el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de su Constitución, al incluir en él el derecho a la tutela cautelar. El asunto ha sido considerado como un auténtico *leading case* que ha venido a transformar desde lo más hondo el sistema contencioso-administrativo de aquella nación.<sup>132</sup>

El asunto del que tomó conocimiento la Sala 3a. radicaba en lo siguiente: dos ganaderos interpusieron un "recurso" ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por medio del cual impugnaban una resolución del Ayuntamiento de Utebo que ordenaba el cese de actividades en unas cuadras de ovinos de su propiedad; solicitada la suspensión del acto administrativo, la misma fue negada, y en contra de tal

<sup>131</sup> Se incluye como apéndice B.

<sup>132</sup> Eduardo García de Enterría. *Ob. cit.*, p. 170.

resolución, interpusieron un recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Supremo.

Pues bien, en su primera consideración la Sala critica abiertamente la práctica de algunos tribunales de resolver los incidentes de suspensión mediante fórmulas estereotipadas o inclusive impresas, como sucedía en el caso a resolver, y afirma:

No basta, pues, con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. Es necesario razonar suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general.

Reflexiona García de Enterría<sup>133</sup> en el hecho de que tal práctica de clasificar las cuestiones litigiosas en estereotipos o fórmulas generales inespecíficas encuentra ocasión en la insuficiencia de los criterios disponibles para conceder la suspensión de los actos administrativos, a saber: el contenido en el artículo 122.2 de la Ley de la materia, según el cual “Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”, y el fijado por la jurisprudencia, relativo a la ponderación entre el interés privado del recurrente y el interés público patrocinado por los funcionarios del Poder Ejecutivo; el primero es calificado por el profesor español de simplista, aduciendo que en la mayoría de los casos se actualiza, y el segundo, en razón de que con cualquier suspensión se afecta en algo el orden administrativo, gestor del interés general. En este orden de ideas concluye García de Enterría que “...la imperfección de las normas específicas aplicables al caso (ha sido) la que ha forzado a las Salas de lo

---

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 172 y ss.



contencioso a refugiarse en fórmulas convencionales para justificar tanto el otorgamiento como la denegación de las suspensiones..."<sup>134</sup> Sobra comentar la vigencia de esta crítica en nuestro medio.

Es en el segundo "Razonamiento Jurídico" de la resolución en estudio en donde se contiene la sustancia de la nueva doctrina española sobre las medidas cautelares en materia administrativa. Se refiere la Sala al hecho de que el propio Ayuntamiento reconoció que *prima facie* la posición de los apelantes no era de franca ilegalidad y a que inclusive otra actuación administrativa previa parecía ampararlos, de modo que se daba una apariencia de buen derecho en su favor, lo que se aclara, no implica prejuzgar el fondo; sobre el particular abunda García de Enterría<sup>135</sup> y explica que para la concesión de la suspensión se debe advertir la existencia de un riesgo de perjuicios para el solicitante, pero no desde la perspectiva del artículo 122.2 citado, sino por cuanto a la incidencia de los mismos en la tutela efectiva de quien ostente derechos susceptibles de protección, lo cual, sostiene, obliga al juez a valorar las respectivas posiciones para que la parte que sostiene una postura manifiestamente injusta "...no se beneficie con la larga duración del proceso y con la frustración, total o parcial, grande o pequeña, que de esa larga duración va a resultar para la otra parte como consecuencia del abuso procesal de su contrario."<sup>136</sup> Más adelante señala:

Este replanteamiento obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración *prima facie*, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina que ya hemos transcrito, el "humo de buen derecho", el

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>136</sup> *Idem.*

perfume u olor de buen derecho, el que se aprecia, no el “buen derecho” en toda su extensión...<sup>137</sup>

Por su parte, Carmen Chinchilla Marín<sup>138</sup> sale al paso de las posibles objeciones al principio del *fumus* : por cuanto a que no se encuentre contenido en ninguna norma de su Derecho vigente, sostiene que no es así, aduciendo que es un presupuesto del *periculum in mora*, mismo que sí es objeto de una norma específica y expresa;<sup>139</sup> por cuanto a la anticipación del fondo señala el argumento que ya hemos manejado, en el sentido de que sólo lo adelanta provisionalmente y sin prejuzgarlo.

Tras la reflexión sobre el *fumus*, la Sala fundamenta la nueva concepción, que supone ampliar “los estrechos límites” del artículo 122 de la Ley de la materia, en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española, que implica -se dice en el auto- el derecho a una tutela cautelar. Como refuerzo de lo anterior se acude al principio de Chiovenda que citara Tesaurò en sus Conclusiones, calificándolo como principio general del derecho comunitario y reflexionando en el hecho de que el mismo había sido utilizado ya por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, además de encontrarse implícito en la legislación española. Se señala claramente en el auto la intención de que con base en dicho principio se termine con la *supervaloración de los privilegios administrativos*, entre los que se ubica el de autoejecución y la presunción de validez de los actos de la Administración.<sup>140</sup>

Precisamente partiendo del análisis de diversos preceptos de su

---

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Ob. cit.*, p. 184.

<sup>139</sup> Este razonamiento de Chinchilla es equivalente al manejado en México, entre otros, por Couto. Véase cap. IV-B.

<sup>140</sup> C. fr. cap. I-D.

legislación nacional, especialmente el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirma la Sala:

...nuestro derecho nacional -al margen incluso de su inescusable inserción en el sistema comunitario- alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que visto por su envés, significa el *deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal* (resolución administrativa o, en su caso, judicial).

Esta afirmación capital implica la pertinencia de medidas cautelares positivas y no sólo la suspensión de la ejecución del acto recurrido, como *v. gr.* el otorgamiento de un acto administrativo denegado o silenciado, o bien, como se admite en los Derechos alemán y francés, la orden de retirar una ejecución administrativa ya iniciada.<sup>141</sup>

Un proyecto de recomendación sobre protección jurisdiccional provisional en materia administrativa del Comité Europeo de Cooperación Jurídica,<sup>142</sup> del año 1988, señalaba la importancia de asegurar el máximo de *flexibilidad* a las medidas cautelares, en cuanto a su naturaleza, extensión y duración, así como en cuanto a los criterios y elementos de juicio que puedan utilizar los tribunales para su otorgamiento. Sobre el particular reflexiona Chinchilla en el sentido de que "...la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo no puede seguir anclada en el único puerto de la suspensión, porque la tutela judicial efectiva quedará insatisfecha cada vez que esa medida sea insuficiente e incapaz de garantizarla provisionalmente, mientras dure el proceso."<sup>143</sup> Más adelante afirma:

---

<sup>141</sup> Eduardo García de Enterría. *Ob. cit.*, p. 185.

<sup>142</sup> Citado por Carmen Chinchilla Marín, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>143</sup> *Ibid.*, pp. 178 y 179.

...la tutela cautelar tiene que estar edificada sobre una cláusula abierta que permita al juez adoptar las medidas que en cada caso concreto sean las idóneas para cumplir la función de garantía cautelar: suspender total o parcialmente el acto, restablecer -total o parcialmente- la situación preexistente y, en una palabra, imponer a la Administración pública todas las obligaciones necesarias para garantizar que en su día la tutela judicial que se otorgue sea efectiva.<sup>144</sup>

Sobre esta tesis de la cláusula general de los poderes cautelares, a la que ya hacíamos referencia en este mismo capítulo cuando analizamos la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, sostiene Chinchilla que no se trata de una atribución diversa a la de juzgar o ejecutar lo juzgado, de modo que las objeciones sobre el particular no parecen tener mayor sustento.

Se refiere Chinchilla a que ciertamente la tarea relativa a la concesión de las medidas cautelares es una labor difícil y delicada, tanto por la intensidad intrínseca de las providencias como por la precariedad de la cognición y la urgencia, de modo que insiste en la conveniencia de que el juzgador cuente con flexibilidad para discurrir sobre tres coordenadas principales: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y el interés público, y en ciertos casos otros elementos como pueden ser los intereses de terceros, no necesariamente coincidentes con los demás en juego. Además, alude la autora a un punto fundamental que de alguna manera fue comentado en el debate de la Suprema Corte por el Ministro Díaz Romero, sosteniendo que “En la adecuación de la justicia administrativa al nuevo modo de ser de la Administración, la reforma de los instrumentos de tutela cautelar ha de ocupar un primer plano y en este primer plano el

---

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 179.

protagonismo no puede ser sino de los jueces.”<sup>145</sup>

Finalmente, sobre el contenido del auto en estudio resalta García de Enterría el que la noción del *fumus* no implica necesariamente la existencia de dolo por parte de la Administración, así como el hecho de que como en el auto, su formulación puede ser inclusive negativa, esto es, basta con que la posición del solicitante no parezca desprovista de fundamento.<sup>146</sup> Además, advierte el hecho de que al valorarse en el auto los perjuicios que para el recurrente acarrearía la ejecución del acto impugnado, no se atiende a su reparabilidad sino simplemente a su gravedad, en concordancia con las ideas del autor comentadas líneas arriba.<sup>147</sup>

### 3. Italia y Francia.

En estos dos países europeos, reconociéndose el derecho a la tutela judicial efectiva y el papel del *fumus* y del *periculum* como presupuestos de las medidas cautelares, antes de *Factortame* se había ya aceptado la posibilidad de que se dictaran en materia administrativa medidas cautelares positivas; así, por ejemplo, en Francia se dicta con normalidad la orden de retirar una ejecución administrativa ya iniciada.

La *Corte Costituzionale*, en el caso de Italia, por sentencias de 26 y 28 de junio de 1985 y con base en el principio formulado por Chiovenda, declaró inconstitucional la limitación de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo a la sola suspensión del acto impugnado, dejando al juzgador el

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>146</sup> En este sentido *v. gr.*, en Italia se habla de la *manifesta infondatezza* del acto de autoridad y en Francia de que la solicitud del ciudadano no haya sido seriamente contestada, en orden a conceder la protección cautelar.

<sup>147</sup> *Ob. cit.*, pp. 195 y 196.

poder de ordenar las medidas más idóneas para asegurar la eficacia del fallo sobre el fondo, aplicando a esta materia las medidas innominadas reconocidas en el Código Procesal Civil Italiano; desde entonces, los tribunales contencioso-administrativos italianos dictan medidas cautelares positivas e inclusive sustitutorias, en el caso de determinados actos denegatorios.

Valga apuntar que se distingue en Derecho italiano, en orden a la suspensión de actos negativos, si se está en presencia de intereses *oppositivi*, esto es, cuando el acto impugnado modifica un cuadro de intereses preexistente, o bien, si se está frente a intereses *pretensivi*, en cuyo caso no se modificaría ninguna situación previa; en el primer supuesto se admite la procedencia de la suspensión sin reservas, mientras que en el segundo se limita para los actos reglados por cuanto a su contenido, forma y plazo de emisión.

Nos parece que tomando en consideración la cuestión terminológica ya comentada, en el sentido de que por su propio nombre la *suspensión* parece estar impedida para producir otros efectos que los consistentes en *suspender*, más que buscarse que la institución suspensiva de nuestro amparo produzca efectos restitutorios o constitutivos, podría pensarse, como se ha hecho en la justicia administrativa, en admitir la existencia de *otras medidas cautelares* o inclusive de un *poder cautelar general*,<sup>148</sup> a fin de salvaguardar la materia del juicio y evitar al quejoso los daños y perjuicios que la ejecución del acto le pudiera provocar y que la sola suspensión no puede remediar. Se pudiera objetar lo dicho argumentando que ya en el artículo 124 de la Ley de Amparo, e inclusive en el 130, se contempla la posibilidad de que el juzgador de amparo dicte otras medidas cautelares, pero debe advertirse que dicha facultad se encuentra supeditada a la concesión de la suspensión definitiva o provisional

---

<sup>148</sup> Véase n. 123.

respectivamente, además de estar dirigida en ambos supuestos a finalidades específicas.

## CONCLUSIONES

En primer lugar, pensamos que debe admitirse sin reserva alguna y de modo terminante que la suspensión de los actos reclamados en el amparo es una especie de las medidas cautelares del Derecho Procesal.

En segundo término, estimamos que resultaría conveniente reestructurar por reforma legislativa los requisitos de procedencia de la suspensión para hacerlos consistir en la apreciación de la apariencia de buen derecho del solicitante y en la certeza de la existencia de peligro en la demora de la sentencia que se dicte en el principal, ello sin descartar la posibilidad de que ante una afectación grave al interés social o al orden público, se niegue la medida, sobre la base de una regulación probatoria especial, y partiéndose para tal decisión, como en el caso del *fumus*, del recto criterio del juzgador. Además, la suspensión habría de quedar sujeta a modalidades que garantizaran la protección a terceros que pudieran verse afectados por su concesión.

Para que en el terreno de lo fáctico se evitara al máximo la posibilidad de la producción de daños a la sociedad, estimamos que no sólo se requiere el mejoramiento de la estructura adjetiva del amparo, sino también y de manera indispensable, un avance en la profesionalización de los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo, así como en la regulación de su actuación.

En tercer lugar, pensamos que la suspensión, por definición, no puede producir otros efectos que los de paralizar la ejecución de los actos reclamados, de modo que para resolver el problema que se presenta con los actos consumados y negativos, en todo caso debieran contemplarse en la Ley de Amparo otras medidas cautelares, con efectos positivos, o bien, podría otorgarse al juez de amparo un poder cautelar general, de modo que pueda dictar las



medidas que estime idóneas en cada caso, con total independencia de la suspensión, siempre bajo los criterios del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*.

Lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución garantiza para los particulares el derecho a la impartición de justicia efectiva, y en atención a tal garantía debe renovarse la regulación del juicio de amparo (en el sentido planteado y en cualquier otro que tienda al mismo fin), cuyo objeto principal radica precisamente en la tutela de las garantías de los gobernados.

Consideramos que es tiempo de que nuestro sistema jurisdiccional se aleje un tanto de la justicia formal y se acerque un poco más a la real, que es tiempo de que nuestras leyes procesales, considerando el resultado social de su aplicación histórica, se flexibilicen, sin que ello implique descuido alguno por cuanto a las garantías que exige todo proceso legal, y sobre todo, de que se aprecie la labor de nuestros jueces, cuyo criterio instruido, equilibrado y ajustado a la Ley, puede sin duda resolver mejor las controversias que los particulares someten a su conocimiento, que la construcción normativa más sesuda que pueda hacer el legislador, tratando de prever las ilimitadas posibilidades que ofrece la realidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Guadalajara, Librería Carrillo Hnos., 1984, Tomo V.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *El Juicio de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983.

BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*, 11a. ed., México, Porrúa, 1984.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*, 2a. ed., México, Harla, 1995 (Colec. Juristas Latinoamericanos).

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Control Constitucional de Amparo*, México, Trillas, 1990.

BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, 31a. ed., México, Porrúa, 1994.

CABANELLAS de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1988.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, tr. de Santiago Sentis, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, tr. de Enrique Figueroa, México, Harla, 1997, Volumen 4 (Colec. Clásicos del Derecho).

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tr. de Enrique Figueroa, México, Harla, 1997, Volumen 5 (Colec. Clásicos del Derecho).

CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1996.

CASTRO, Juventino V. *La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.

Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta de la S.C.J.N. *La Suspensión de los Actos Reclamados en el Juicio de Amparo*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1983.

COUTO, Ricardo. *Tratado Teórico-Práctico de la Suspensión en el Amparo*, juicio crítico de Mariano Azuela, 4a. ed. , México, Porrúa, 1983.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1972.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, prol. de José Ramón Parada, Madrid, Civitas, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*, tr. de Enrique Figueroa, México, Harla, 1997, Volumen 6 (Colec. Clásicos del Derecho).

DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 3a. ed. corr. y aum., México, Porrúa, 1954.

*Diccionario Jurídico Mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, 4 Tomos.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, 31a. ed., México, Porrúa, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2a. ed., *amp.*, Madrid, Civitas, 1995.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, 5a. ed., México, Harla, 1991 (Colec. Textos Jurídicos Universitarios).

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 8a. ed., México, Harla, 1990 (Colec. Textos Jurídicos Universitarios).

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro D. y SAUCEDO ZAVALA, Ma. Gpe. *La Suspensión del Acto Reclamado*, 3a. ed., México, Porrúa, 1993.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro D., *La Suspensión en Materia Administrativa*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996.

GONZÁLEZ COSÍO, Arturo. *El Juicio de Amparo*, México, UNAM, 1973.

GUDIÑO PELAYO, José de J. *Introducción al Amparo Mexicano*, México, Iteso/Universidad de Guadalajara, 1993.

GUDIÑO PELAYO, José de J. *Problemas Fundamentales del Amparo Mexicano*, México, Iteso, 1991.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso. *Lecciones de Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, 2 Tomos.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 20a. ed., México, Porrúa, 1991.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Apariencia de Buen Derecho*, México, Themis, 1996.

TRUEBA, Alfonso. *La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo*, México, Jus, 1975.

VALLARTA, Ignacio L. *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, México, Imp. de J. J. Terrazas, 1896, Tomo Quinto.

## APÉNDICE A

### CONTRADICCIÓN DE TESIS 3/95. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS TERCERO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO Y SEGUNDO DEL SEXTO CIRCUITO.

#### CONSIDERANDO:

SEGUNDO.-El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el recurso de revisión RA-2233/93, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo número 237/93, promovido por JUAN MANUEL IÑIGUEZ RUEDA, sustentó las siguientes consideraciones:

"SEXTO.-El recurrente manifiesta en su segundo agravio que la consideración del Juez de Distrito de negar la suspensión definitiva en cuanto a las consecuencias de la orden de visita contenida en el oficio IF0054/93, y que se traducen en la continuación de la visita practicada el veintinueve de julio del año en curso, estimando el Juez a quo que la misma es parte de un procedimiento, en cuya continuación está interesada la sociedad, aplicando por analogía una jurisprudencia relativa a los procedimientos judiciales, siendo que en esta materia la analogía no es aplicable, porque el acto reclamado proviene de una autoridad administrativa y no jurisdiccional; además, sí bien es cierto que la sociedad está interesada en que los procedimientos judiciales no se suspendan, también es cierto que la sociedad está interesada en que las actuaciones que realicen las autoridades en la esfera administrativa las apeguen a lo dispuesto por la ley y conforme a sus facultades, por lo que un procedimiento administrativo que tiene vicios de origen, como el que reclama, a la sociedad le interesa que sea suspendido por ser violatorio de garantías individuales.

"Continúa el recurrente su exposición señalando que si bien es cierto que dentro del incidente de suspensión no se deben abordar las cuestiones de constitucionalidad, también es cierto que en el momento de resolverse sobre la suspensión definitiva, con las facultades discrecionales que contempla el artículo 130 de la Ley de Amparo, es el momento en el cual el juzgador con facultades de órgano de control constitucional analiza el acto reclamado dentro del incidente, tal y como se le presente el mismo, advirtiendo que el quejoso ha aportado pruebas de las que se acredita que el acto reclamado es cierto, el juzgador de amparo está facultado para analizar si el procedimiento administrativo que se le sigue al peticionante de garantías, es de aquellos que con su continuación pudiera dejar sin materia el fondo del amparo, al cambiar la situación jurídica del quejoso.

"Además, agrega el recurrente, cómo puede ser posible que se le niegue la suspensión definitiva solicitada, permitiendo que la autoridad continúe un procedimiento administrativo que de ninguna manera es jurisdiccional, dejando que se lleven a cabo actos de autoridad dentro de una prisión militar en la que se encuentra el quejoso recluido, que no es su domicilio fiscal, ya que ninguna cárcel puede ser un domicilio fiscal, realizándose la visita de inspección con alguien que está privado constitucionalmente para ejercer sus derechos civiles y ciudadanos, por lo que se debe conceder la suspensión definitiva en contra de un procedimiento administrativo que por estar viciado sí contraviene el orden público, siendo inconstitucional pues desde que se emitió la orden para llevarlo a cabo, no tiene el carácter de acto de autoridad, si no de autoritario.

"Es fundado el agravio anterior, con base en los razonamientos que se expondrán a continuación.

"La suspensión del acto reclamado tiene como objeto primordial preservar la materia del juicio, asegurando provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate, para que la sentencia en su día, lejano en muchas ocasiones, declare el derecho del promovente, pueda ser ejecutada, eficaz e íntegramente.

"Para lograr el objetivo de la suspensión del acto reclamado, como medida cautelar, en el Capítulo III, del Título Segundo, del Libro Primero, de la Ley de Amparo, se contienen una serie de disposiciones legales encaminadas todas ellas a conservar viva la materia del amparo, sin afectar intereses de terceros ni los intereses de la sociedad, dentro de esas disposiciones legales se prevé, desde la suspensión automática de los actos hasta el tomar las medidas que estime convenientes el juzgador de amparo, para que no se defrauden derechos de terceros, evitando perjuicios a los interesados hasta donde sea posible, esto lleva implícito no sólo la suspensión (paralización de los actos reclamados), sino la existencia de otras medidas cautelares, tales como poner a un reo en libertad o levantar un estado de clausura ya ejecutada (criterio sustentado recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación), estos actos llevan implícito un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo que puede un día ser favorable.

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

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

"Ahora bien, habría que preguntarse cómo el juzgador de amparo va a considerar que se cumplen los requisitos antes mencionados y cómo va a procurar fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, tomando las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo, la respuesta lógica y jurídica es mediante el análisis de la demanda de garantías y los anexos que se acompañan, tratándose de la suspensión provisional, y mediante el análisis de la demanda de amparo, los informes previos y las pruebas que aporten las partes, tratándose de la suspensión definitiva, porque dentro de las disposiciones que regulan este incidente de suspensión, se contempla la posibilidad de probar, con ciertas limitaciones propias de un procedimiento sumario, pero existen pruebas dentro del incidente que deben ser tomadas en consideración, siguiendo los principios que rigen cualquier procedimiento, todo esto deberá ser tomado en consideración por el Juez de Distrito para decidir si concede o niega la suspensión definitiva, para efectos prácticos podemos decir que debe tomar en cuenta todo lo que contiene el cuaderno incidental que se forma por separado del principal.

"Además, de conformidad con el artículo 107, fracción X, primer párrafo de la Constitución Federal para el otorgamiento de la suspensión se tomarán en cuenta la naturaleza de la violación alegada, para determinar esa 'naturaleza de violación alegada' (aparte obviamente de la certeza de actos), es que se estableció un sistema probatorio, con limitaciones como ya dijimos, dentro del incidente de suspensión, por lo que apreciar la legalidad de un acto para otorgar la suspensión, es acorde con lo establecido por el legislador federal.

"En este orden de ideas, el Juez de amparo siendo perito en derecho, no puede dejar de advertir en el incidente de suspensión, las irregularidades legales que contienen los actos reclamados, sin realizar un estudio profundo o desviarse a cuestiones propias del fondo (como son las causales de improcedencia del juicio de garantías), simplemente de la lectura de la demanda, de los informes previos o de las pruebas aportadas, salta muchas veces a la vista la ilegalidad de los actos reclamados, ilegalidad que deberá sopesar al estimar que la suspensión de dichos actos puede ocasionar perjuicio al interés social o al orden público, en cuyo caso si el perjuicio al interés social o la contravención al orden público es mayor a los daños y perjuicios

de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la suspensión solicitada; no por el hecho de que el juzgador no advirtió la ilegalidad del acto reclamado, sino porque el interés de la sociedad y la preservación del orden público están por encima del interés del particular afectado.

"Pero cuando el juzgador de amparo sopesa la ilegalidad (aunque sea presuntivamente) del acto reclamado con los intereses sociales y el orden público, y llega a la convicción de que la suspensión de aquél en nada perjudica el interés social ni contraviene el orden público, debe otorgar la medida cautelar para no ocasionar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y para conservar viva la materia del amparo.

"Hay innumerables ejemplos de actos (presumiblemente ilegales) contra los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado procedente la medida cautelar, a manera de casos ilustrativos podemos mencionar los siguientes criterios en los que estimó procedente la suspensión contra:

"a) El acto que ordena a una empresa retener el fondo de ahorros correspondiente a un trabajador (Quinta Epoca, Tomo LXXII, página 4286).

"b) La inscripción en los libros del Registro Civil de una sentencia de divorcio que aún no queda firme (Quinta Epoca, Tomo LXXIII, página 295).

"c) El acto de una autoridad administrativa que ordena el embargo de bienes, cuando no se demuestra que ello obedezca a un procedimiento económico-coactivo formal, para asegurar el cobro de impuestos, ni que el mismo se deba a la necesidad de asegurar el objeto o cuerpo de un delito (Informe de 1930, página 78, Primera Sala).

"d) La orden administrativa para desocupar un bien nacionalizado, en un plazo perentorio, si el quejoso se encuentra al corriente del pago de rentas (Informe de 1936, páginas 72 y 73, Primera Sala).

"e) La resolución que, a una persona cuerda la declara ilegalmente en estado de incapacidad (Informe de 1946, página 16, Primera Sala).

"f) La orden de cancelación de una licencia de tránsito para servicio de transporte (Informe de 1950, página 167, Segunda Sala).

"g) La sentencia definitiva que priva a la cónyuge y a sus hijos de pensión alimenticia (Informe de 1965, páginas 36 a 38, Tercera Sala).

"Y probablemente el más significativo de estos ejemplos se encuentra en la tesis visible en la página 3078, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, que dice:

"SUSPENSION.-Aun cuando se trate de la aplicación de disposiciones de interés general, si las autoridades responsables no apoyan sus actos, en algún motivo legal, es procedente conceder la suspensión, y otorgarla sin fianza cuando no haya tercero interesado."

"Estos criterios, entre otros, de nuestro más alto tribunal están inspirados sin lugar a dudas, en el principio doctrinal *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esto es, que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia; así como en las palabras de Chiovenda de que 'El tiempo necesario para obtener la razón no debe causar daño a quien tiene la razón', es decir, si el particular tiene razón y de todos modos debe ir a tribunales para lograrla, esos años que se tarde en conseguirla, mientras dura el litigio, sus intereses deben estar protegidos por la suspensión, mientras se desarrolla un litigio en que pelea contra la administración pública para lograr que, a la postre, se le restituyan sus derechos.

"Con base en esto, podemos afirmar que cuando un acto reclamado es inconstitucional en sí mismo, como podría ser la orden para torturar al quejoso, la suspensión se otorgará de inmediato para que cese o se suspenda el acto inconstitucional reclamado, cuando el acto no sea inconstitucional en sí mismo, como la orden de aprehensión, se concederá la suspensión cuando apreciando el acto y teniéndolo por cierto o presuntivamente cierto, las características



que lo rodean lo hacen inconstitucional, como sería que dicha orden hubiese sido emitida fuera de procedimiento judicial por autoridad que carece de facultades para emitirla.

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

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

"Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen derecho del promovente (para que pueda decirse que se ve afectado por un acto arbitrario), anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta sólo provisionalmente, es decir, sin prejuzgarlo, y además, no lo adelanta más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un carácter temporal, sin más efecto que mantener las cosas en el estado en que se encuentran, retardando en el peor de los casos, la ejecución del acto de autoridad, pero salvaguardando la materia del juicio constitucional que siempre de una forma u otra, versa sobre el respeto de los derechos públicos subjetivos de los gobernados.

"Este criterio es apegado a las disposiciones legales que rigen el incidente de suspensión en materia de amparo, en virtud de que si el juzgador se convence provisionalmente de que el acto reclamado es ilegal, y se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, deberá otorgar la suspensión del acto reclamado, fijando la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, en caso contrario, esto es, que no se cumplan dichos requisitos, el juzgador negará la suspensión aunque estime que el acto es legalmente irregular.

"Es muy importante mencionar que no es obstáculo para sostener el criterio antes expuesto, la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número mil novecientos, visible en la página tres mil sesenta y seis, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, que dice:

"SUSPENSION, MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO.-Al resolver sobre ella no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo.' (Se transcriben precedentes que la integraron). (Tomo LII, Quinta Epoca, página 1,437. FLORES VELAZQUEZ MANUEL).

"Toda vez que del estudio de cuatro de los cinco precedentes fallados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que formaron la jurisprudencia antes referida, se advierte que en los incidentes de suspensión números 3935/35/1a., 988/35/2a., 5090/36/2a. y 7937/38/1a., promovidos respectivamente por Emilio Arizpe, Francisco Vargas, Carmen Flores Beltrán y Zenón R. Cordero, fallados también respectivamente los días veintiséis de octubre y

veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y seis, y veinticinco de abril de mil novecientos treinta y nueve; se sostuvo que la suspensión se rige por reglas especiales, señaladas en el Capítulo III, del Título II, de la Ley de Amparo, no debiéndose estudiar ésta bajo las reglas que rigen al juicio de amparo, desvirtuando con este argumento, razonamientos de los respectivos recurrentes (en dos asuntos, la autoridad responsable, en otro el quejoso y en el otro el tercero perjudicado), consistentes en que al privar de sumas cuantiosas al Estado que le corresponden por concepto de impuestos, se imposibilita la marcha normal de las funciones públicas, que las tierras de las que se privó al quejoso con la aplicación de la Ley de Tierras Ociosas, no es exacto que estuviesen sin cultivo; y en dos de los asuntos se expresaron argumentos relativos a causales de improcedencia del juicio de garantías.

"Cabe aclarar que el asunto que no se estudió de los que integran dicha jurisprudencia, no fue posible localizarlo, en virtud de que los datos de publicación que aparecen en el Tomo LII, de la Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación, página mil cuatrocientos treinta y siete, como promovido por Flores Velázquez Manuel, no coinciden con el expediente que físicamente se tuvo a la vista, ni en cuanto al promovente ni en cuanto al tema resuelto.

"Lo anterior no es obstáculo para concluir que, el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se basó en que el estudio de la suspensión del acto reclamado debe realizarse a la luz de las disposiciones legales contenidas en el Capítulo III, del Título II, del Libro Primero, de la Ley de Amparo, y el criterio sostenido por los suscritos en el presente fallo se encuentra apegado a dichas disposiciones, puesto que la ilegalidad, en su caso, del acto reclamado, el Juez de amparo la advertirá de la demanda de garantías, los informes previos y las pruebas aportadas por las partes en el incidente de suspensión, sujetándose en todo momento para conceder la medida cautelar a los requisitos y demás disposiciones legales que rigen dicho incidente de suspensión..."

TERCERO.-El Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al resolver en el toca de revisión 358/91, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo 729/91, promovido por INMUEBLES DE PUEBLA, S.A., consideró lo siguiente:

"TERCERO.-Los agravios antes transcritos son infundados.

"Por principio debe decirse que contrariamente a lo que alega el recurrente el Juez a quo sí tomó en cuenta, en el considerando segundo de la interlocutoria impugnada, el informe previo rendido por la responsable, al cual no se acompañó ninguna copia certificada deducida del juicio generador del acto reclamado y por lo mismo no podían tomarse en cuenta.

"Si bien es cierto que las probanzas que obren en el incidente de suspensión respectivo, deben tomarse en cuenta sin que sea necesario que formalmente se ofrezcan, como quiera que sea, las copias simples tanto de la diligencia del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y uno (foja 24), como la del auto del diecinueve de abril del mismo año (foja 25) que son precisamente en lo que se hizo consistir el acto reclamado, en realidad tienden a demostrar la existencia de éste, así como el interés jurídico de la quejosa para solicitar dicha medida cautelar, las cuales sí fueron tomadas en consideración por el Juez Federal, supuesto que se negó la suspensión solicitada al considerar que los actos reclamados revisten el carácter de consumados y porque resulta improcedente paralizar el juicio generador, por ser una situación de orden público.

"Asimismo, debe precisarse que la materia de la suspensión difiere de la del juicio de garantías, por ello al resolverse sobre ésta no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo; es decir, en la sentencia interlocutoria con la que culmina el incidente de suspensión el Juez Federal no tiene que ocuparse de los conceptos de violación, de ahí que contrariamente a lo que aduce la inconforme la sentencia si es congruente, ya que la incongruencia que pretende sólo se daría si en la interlocutoria se omitiera conceder o negar la suspensión contra alguno de los actos reclamados, lo que no acontece en la especie. Sirven de

apoyo a lo anterior los criterios sustentados por este Tribunal Colegiado al resolver los amparos en revisión 288/89, 278/89 y 467/90, que respectivamente dicen: 'SUSPENSION, MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO.-Al resolver sobre ella no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo.' 'SUSPENSION. PARA SU PROCEDENCIA NO TIENE EL JUZGADOR QUE OCUPARSE DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACION.-Ninguna obligación tiene el Juez Federal de ocuparse de los conceptos de violación contenidos en la demanda de garantías a fin de decidir en relación a la procedencia o no de la suspensión definitiva de los actos reclamados, ya que para resolver respecto de la misma, sólo debe atenderse al hecho de que aparezca demostrada la existencia de los actos reclamados y que en su caso, se reúnan las exigencias del artículo 124 de la Ley de Amparo, pues hacer cualquier pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad o constitucionalidad de los actos reclamados a la luz de los conceptos de violación contenidos en la demanda de garantías, para con esto decidir respecto de la suspensión definitiva, implicaría resolver el fondo del amparo.

"Por otra parte, debe decirse que estuvo en lo correcto el Juez a quo en cuanto que para negar la suspensión definitiva solicitada, consideró que los actos reclamados revisten el carácter de consumados contra los cuales es improcedente conceder la suspensión, porque de lo contrario implicaría dar a la interlocutoria que concediera la suspensión efectos restitutorios, lo cual es propio de la sentencia de fondo que conceda el amparo. Siguiendo ese orden de ideas, cabe decir que para efectos de la suspensión basta con que el acto que se reclame se haya emitido, para que en sí mismo (independientemente de sus consecuencias) deba estimarse consumado y por ello improcedente la medida cautelar. En cambio, por virtud de la naturaleza del fallo que conceda el amparo, y de los efectos restitutorios que le caracterizan, los actos que se reclamen sólo tendrán el carácter de consumados cuando material o jurídicamente sea imposible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación, caso en el cual resultaría improcedente la acción constitucional.

"En esas condiciones, no tiene razón el recurrente al decir que procede la suspensión porque las resoluciones judiciales no constituyen actos consumados, si por virtud del amparo pueden quedar insubsistentes y sin efecto legal alguno. Y no tiene razón porque los efectos de la suspensión sólo consisten en mantener las cosas en el estado que guarden al decretarla, y no en el de restituirlas al momento que tenían antes de producirse el acto reclamado, lo que sólo es efecto de la sentencia que concede el amparo en cuanto al fondo. En el caso, los actos reclamados, se hicieron consistir en la diligencia practicada el dieciséis de abril de mil novecientos noventa y uno, por virtud de la cual el diligenciario responsable no emplazó a la quejosa, así como en el auto de diecinueve del mismo mes y año, pronunciado por el Juez responsable mediante el cual se proveyó que no había lugar a llamar al juicio generador a la ahora quejosa, resultando por ello incuestionable que tanto la diligencia como el auto reclamados ya se llevaron a cabo, por lo que para los efectos de la suspensión efectivamente revisten el carácter de consumados.

"Y si bien es verdad, como ya quedó puntualizado que las resoluciones no se consuman por el sólo hecho de haberse dictado, siendo materia de la suspensión también su ejecución o cumplimiento, de cualquier modo fue correcto que el Juez a quo negara la medida suspensiva, puesto que los efectos que producen los actos reclamados son negativos, ya que en la diligencia combatida no se emplazó a juicio a la quejosa, y en la resolución reclamada no se ordenó llamar a juicio a la misma. Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, la jurisprudencia número 77 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 126, Segunda Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988, que dice: 'ACTOS NEGATIVOS. SUSPENSION IMPROCEDENTE.-Contra ellos es improcedente conceder la suspensión.'

"Finalmente, se alega que por ser de orden público el servicio que presta la quejosa debió otorgarse la suspensión, ya que de lo contrario se dejaría de dar servicio en la terminal de

autobuses de segunda clase a la comunidad en general de la ciudad de Tehuacán, Puebla. Tampoco tiene razón, ya que el hecho de que el Juez Federal haya negado la suspensión definitiva de los actos reclamados, no va a producir el efecto que menciona, porque ello sería con motivo de la resolución que ordenara el lanzamiento de quien ocupe el inmueble materia del juicio general del acto reclamado, mas no se producirían dichos efectos por falta de llamamiento de la quejosa al juicio generador."

CUARTO.-Existe contradicción entre las tesis sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al fallar los amparos especificados en los considerandos segundo y tercero de esta resolución.

Mientras que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sustenta el criterio mayoritario de que procede conceder la suspensión de los actos reclamados si el juzgador, sin dejar de observar los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, considera que los actos son aparentemente inconstitucionales; el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, por su parte, sostiene que a fin de decidir la procedencia o improcedencia de la suspensión definitiva de los actos reclamados, sólo puede atenderse al hecho de que aparezca demostrada la existencia de los actos reclamados y de que, en su caso, se reúnan los requisitos del artículo 124 de la ley de la materia, ya que hacer cualquier pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los actos reclamados a la luz de los conceptos de violación contenidos en la demanda de amparo, implica resolver cuestiones de fondo que atañen a la sentencia que resuelve el amparo, toda vez que la materia de la suspensión difiere de la del juicio de garantías, por lo que al decidirse sobre ésta no pueden estudiarse cuestiones que se refieren al fondo del amparo.

Para mayor comprensión de la presente contradicción conviene destacar los argumentos en que se funda la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

En dicha sentencia se resalta en primer término el objeto de la suspensión del acto reclamado: mantener viva la materia del amparo, impidiendo que el acto que la motiva, al consumarse irreparablemente, haga ilusoria para el quejoso la protección de la Justicia Federal.

Posteriormente, la referida sentencia funda su tesis en dos presupuestos inherentes a toda medida cautelar: el *fumus boni iuris*; y el de *periculum in mora*; así como en lo dispuesto por el artículo 107, fracción X, primer párrafo, constitucional en cuanto previene que para el otorgamiento de la suspensión se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada.

Precisado lo anterior, se hace necesario determinar el alcance de esos presupuestos, así como el del requisito constitucional mencionado.

No cabe ninguna duda, y la doctrina es unánime al respecto, de que la suspensión de los actos reclamados en materia de amparo participa de la naturaleza de una medida cautelar. Por tanto, le son aplicables las reglas de tales medidas, en lo que no se opongan a su naturaleza.

Entre los presupuestos esenciales de las medidas cautelares se encuentra el de la verosimilitud del derecho, también denominado *fumus boni iuris*.

Si la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva, la fundabilidad de la pretensión que constituye objeto de la medida cautelar no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Resulta, en consecuencia, suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

En esa virtud, la verosimilitud del derecho no importa la definitiva viabilidad de la pretensión de quien solicita la medida: basta que exista el derecho invocado. La apariencia de

la existencia del derecho es un presupuesto que condiciona la admisibilidad de la medida y apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o muy cuestionable. Lo anterior obedece a que las medidas cautelares, más que a hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra.

Generalmente, por tratarse de una cuestión de derecho, el presupuesto queda satisfecho con el alcance de fundamentación del derecho, en la exposición llevada a cabo por los peticionarios en su escrito de demanda.

Como apunta Piero Calamandrei en su *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, página 76, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945:

"...si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud."

El otro requisito específico de la pretensión cautelar es el peligro en la demora (*periculum in mora*), esto es, que en razón del transcurso del tiempo los efectos de la decisión final resulten prácticamente inoperantes: se basa en el temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida.

Expuesto lo anterior, se pasa al examen del requisito que para conceder la suspensión del acto reclamado, exige el artículo 107, fracción X, primer párrafo, constitucional, consistente en la naturaleza de la violación alegada, puesto que, como se ha dejado establecido, la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se funda también en la interpretación de ese precepto constitucional.

Según se ha mencionado, conforme con lo dispuesto por el artículo 107, fracción X, constitucional, los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y con las garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta "la naturaleza de la violación alegada", la dificultad de reparación de daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Conforme con ese numeral debe sopesarse la naturaleza de la violación con el perjuicio al agraviado y a los terceros, si los hay, y con el interés social. Las decisiones que se tomen dependerán en nuestro amparo del examen comparativo que de dichos elementos se haga, en el entendido de que el análisis de la naturaleza de la violación alegada implica el de sus características, su importancia, su gravedad y, sobre todo, su trascendencia social.

Efectivamente, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende al del concepto de violación aducido por el quejoso: implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia.

Al efecto, conviene señalar que para Ricardo Couto, en su *"Tratado Teórico Práctico de la Suspensión de Amparo"*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, página 49:

"...Este precepto viene a cambiar radicalmente el mecanismo de la suspensión, al introducir, para sus condiciones de procedencia, un nuevo elemento de estudio, el de la naturaleza de la violación alegada... esto es, su carácter, su peculiaridad, su importancia, su gravedad, su trascendencia social, para derivar de ese estudio si existe interés de la sociedad que impida que el acto reclamado sea suspendido; el estudio del Juez debe ser el resultado de un estudio en conjunto de la violación, el perjuicio individual y el interés social, y ese estudio, por la fuerza misma de las cosas, tiene que llevar a la apreciación del acto reclamado.

"De este modo, si del examen que se haga de la violación resulta que no hay datos que comprueben su existencia, la suspensión deberá negarse; si en cambio, la violación existe, la labor del Juez consistirá en estudiar, bajo todos sus aspectos, la naturaleza de la violación en

relación con el interés social, y si de ese estudio se destaca el predominio del interés respecto de la violación misma, la suspensión deberá negarse.

Posteriormente ese autor señala que: "...El Juez, sin hacer consideraciones concretas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, cosa que el estado que guarda la legislación todavía no lo permite, dictará una resolución que armonizará, en lo posible, la suspensión con los fines del amparo."

En apoyo a tales consideraciones, Ricardo Couto señala algunos ejemplos de prejuzgamiento en algunas materias, destacando al juicio ejecutivo y algunos casos de suspensión de oficio, que sólo se explican, según el tratadista mencionado, admitiendo que prima facie el acto reclamado se presume, o lo que es lo mismo se prejuzga anticonstitucional.

Agrega el autor mencionado que criterio semejante "debería" servir de base para el ejercicio del arbitrio judicial en los tres géneros restantes de suspensión, a saber: la de oficio; la otorgable sin fianza a petición de parte; y la que sólo procede a petición de parte con el requisito de la fianza. Al efecto destaca diversos ejemplos en los cuales, prima facie, los actos son "manifiesta o evidentemente inconstitucionales", y subraya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en infinidad de casos ha concedido suspensiones fundándose en la inconstitucionalidad de los actos reclamados.

Sobre esas bases, como se sostiene en la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, la Ley de Amparo prevé medidas que conllevan un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo, lo cual, por regla general, es inherente a toda medida cautelar.

Así es, desde que el gobernado obtiene la suspensión de los actos reclamados, se detienen los perjuicios que se le están ocasionando.

Es verdad que el objeto de la suspensión del acto reclamado no es otro que el de mantener viva la materia del amparo, impidiendo que el acto que la motiva, al consumarse irreparablemente, haga ilusoria para el quejoso la protección de la Justicia Federal.

A lo anterior hay que agregar, que también tiene como finalidad evitar al agraviado los perjuicios que la ejecución del acto reclamado pudiera ocasionarle.

Si la suspensión de oficio responde a un criterio que vincula la procedencia de la suspensión con la manifiesta inconstitucionalidad del acto o con su irreparabilidad y la urgencia de que se decrete la medida (*periculum in mora*); la suspensión a petición de parte requiere la solicitud del agraviado (cuyo examen implica el de la apariencia del derecho), y también requiere que se acredite la difícil reparación de los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto (peligro en la demora). Si se cumplen tales requisitos, y no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público, la medida debe concederse en los términos establecidos por la Ley de Amparo.

Como se advierte, los fundamentos de la suspensión de oficio se vinculan con el interés de la sociedad en dicha medida. Los Jueces deben concederla aunque el interesado no la solicite. La manifiesta inconstitucionalidad del acto reclamado y el riesgo de un daño extremo e irreparable motivan la concesión de la suspensión de oficio, aun cuando esta medida no sea solicitada por el quejoso.

No sucede lo mismo en relación con la suspensión a petición de parte. Si su objetivo es el de evitar perjuicios al agraviado con la ejecución del acto reclamado en tanto se resuelve la sentencia definitiva, la ley condiciona la concesión del beneficio a la voluntad del interesado. La petición de parte es un requisito de procedencia de la medida, y su examen implica generalmente el de la apariencia del derecho, que puede traducirse en el examen del interés o de la titularidad del quejoso para promover la medida. Efectivamente, en determinados casos se hace necesario un examen preliminar del derecho invocado para los únicos efectos de la suspensión.

Es indudable que tales hipótesis constituyen una clara aplicación del principio de la apariencia del buen derecho, aplicación que también se presenta en tratándose de terceros extraños a juicio que deben justificar, aunque sea de manera presuntiva, su interés en que se conceda la suspensión, lo que necesariamente lleva a un examen de la presunta existencia del derecho, sin que se anticipe apreciación alguna respecto del fondo del negocio.

Confirma lo expuesto el hecho de que para conceder la suspensión debe tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, las que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público. Al respecto se advierte que, por una parte, en la suspensión de oficio el legislador ya considera la naturaleza de la violación alegada (su manifiesta inconstitucionalidad o gravedad) para conceder la medida aun cuando no se solicite; y, por la otra, en la suspensión a petición de parte, el examen de la naturaleza de la violación alegada entraña el de su aparente inconstitucionalidad, toda vez que la naturaleza de la violación alegada se refiere no sólo a su esencia, a su carácter, a su peculiaridad, o su gravedad, sino también, según se ha apuntado, a la apreciación del derecho subjetivo, para los únicos efectos de la suspensión.

Efectivamente, esa exigencia mira no sólo a determinar si el acto de autoridad es o no suspendible, puesto que entraña ejecución, y a estimar las medidas que han de adoptarse para que la suspensión cumpla eficazmente su cometido: también autoriza el examen preliminar del derecho subjetivo que se señala como violado.

No pueden pasar inadvertidas para el juzgador, en el incidente de suspensión, las irregularidades legales que contienen los actos reclamados, sin que se asome dicho juzgador en ocasiones a cuestiones propias del fondo del asunto, máxime si de la simple lectura de la demanda, de los informes previos o de las pruebas aportadas, se aprecia a la vista la ilegalidad de los actos reclamados.

Ello no pugna con nuestro sistema de amparo. El examen superficial o somero del derecho invocado deriva, en ocasiones, de los requisitos a que la ley sujeta la suspensión. En efecto, para apreciar el perjuicio que se cause al agraviado, es necesario interpretar ese concepto en un sentido jurídico, esto es, relacionando el perjuicio con el derecho de quien lo resiente, y sopesarlo con los otros elementos requeridos, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular del afectado.

Sin embargo, como se sostiene en la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, no es factible emitir prejuzgamiento respecto de cuestiones que conciernen al fondo del asunto.

El propio Ricardo Couto acepta en la página 50 de su obra citada, que el estado que guarda la legislación impide al Juez de Distrito hacer consideraciones concretas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, lo que es explicable si se tiene presente que ello implicaría resolver sobre el fondo, lo que sólo puede hacerse en la sentencia de amparo.

Corroboran lo anterior los casos que se mencionan a manera de ejemplo en la obra citada, y en la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, lo que pone de manifiesto que en la práctica los Jueces de Distrito usualmente se asoman a cuestiones que conciernen al fondo del negocio, lo que constituye una realidad que no puede negarse, realidad que asimismo pone en evidencia que la tesis que aquí se sostiene tiene una aplicación práctica y no sólo teórica.

En tales hipótesis, el Juez Federal estará, no sólo facultado, sino obligado a abordar esas cuestiones, pero sin perder de vista que su objetivo no es otro que el de establecer si se

satisfacen los requisitos del precepto mencionado, sin hacer pronunciamiento respecto de la inconstitucionalidad del acto reclamado.

Dichos casos pueden presentarse tanto en la suspensión de oficio como en la suspensión a petición de parte.

En relación con la suspensión de oficio podría darse en la hipótesis de que se solicitara el amparo contra una multa excesiva, para tomar un ejemplo señalado por Ricardo Couto. Es evidente que para calificar si la multa es o no excesiva, el Juez de amparo inevitablemente, por la fuerza misma de las cosas, rozará cuestiones que atañen a la legalidad de la resolución reclamada; más el examen preliminar y superficial de ese punto, será sólo para determinar si, para los únicos efectos de la suspensión de oficio, se da uno de los supuestos a que se refiere el artículo 123 de la Ley de Amparo, pero de ningún modo se prejuzgará si el acto es o no violatorio de garantías.

En relación con la suspensión a petición de parte, la sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, señala varios casos en los cuales, el juzgador sopesa la ilegalidad, aunque sea presuntivamente, del acto reclamado.

Tales criterios son los siguientes: a) el acto que ordena a una empresa retener el fondo de ahorros correspondiente a un trabajador; b) la inscripción en los libros del Registro Civil de una sentencia de divorcio que aún no queda firme; c) el acto de una autoridad administrativa que ordena el embargo de bienes, cuando no se demuestra que ello obedezca a un procedimiento económico-coactivo formal, para asegurar el cobro de impuestos, ni que el mismo se deba a la necesidad de asegurar el objeto o cuerpo de un delito; d) la orden administrativa para desocupar un bien nacionalizado, en un plazo perentorio, si el quejoso se encuentra al corriente en el pago de rentas; e) la resolución que, a una persona cuerda la declara ilegalmente en estado de incapacidad; f) la orden de cancelación de una licencia de tránsito para servicio de transporte; y g) la sentencia definitiva que priva a la cónyuge y a sus hijos de pensión.

En esos casos, si bien el examen de la naturaleza de la violación alegada se orienta a demostrar la necesidad de la suspensión del acto reclamado, ya para conservar la materia del juicio de garantías, ya para evitar perjuicios al quejoso, los cuales se ponderarán en relación con los que podría sufrir la sociedad al conceder la medida; tal examen se realiza tocando cuestiones que se refieren al fondo del negocio.

De lo expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

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 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.

Por tanto, se considera que debe prevalecer el criterio sustentado por este Tribunal Pleno, mismo que debe regir con carácter de jurisprudencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley de Amparo y que queda redactado de la siguiente forma:

SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.-La suspensión de los actos reclamados participa de la de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. En todo caso dicho análisis debe realizarse sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquélla sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

En términos de lo establecido por el artículo 195 de la Ley de Amparo la tesis jurisprudencial que se sustenta en este fallo deberá identificarse con número que por el orden progresivo le corresponde dentro de las tesis de jurisprudencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 197-A de la ley reglamentaria de garantías y 10, fracción VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

PRIMERO.-Sí existe contradicción entre las tesis sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al fallar el amparo en revisión número 2233/93, y la sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al resolver el incidente de suspensión en revisión número 358/91.

SEGUNDO.-Se declara que debe prevalecer con carácter jurisprudencial el criterio sustentado por este Tribunal Pleno en los términos del último considerando de esta resolución.

TERCERO.-Remítase de inmediato la tesis jurisprudencial que se sustenta en la presente resolución al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta para su publicación y a las dos Salas de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito, en acatamiento a lo previsto por el artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese. Cúmplase y en su oportunidad archívese el expediente.

Así lo resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de nueve votos de los Ministros: Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Aguinaco Alemán. Ausentes los Ministros Castro y Castro y Román Palacios por estar desempeñando un cargo extraordinario. Fue ponente la Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

## APÉNDICE B

### AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1990. SALA TERCERA. PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO.

Visto el recurso de apelación interpuesto por don Blas y don José Antonio Ibañez Pérez, representado por el Procurador Sr. Vila Rodríguez, bajo la dirección de Letrado, contra el Auto de 31 de octubre de 1989 dictado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con sede en Zaragoza, sobre suspensión del acto impugnado, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Utebo, representado por el Procurador Sr. Villasante García.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

*Primero.*- Don Blas y don José Antonio Ibañez Pérez, solicitaron a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con sede en Zaragoza la suspensión del acto administrativo impugnado en el recurso número 1013-89, formándose la correspondiente pieza separada en la que, tras las alegaciones pertinentes, recayó Auto de fecha 31 de octubre de 1989, cuya parte dispositiva dice así: "No ha lugar a decretar la suspensión de los acuerdos administrativos impugnados en el presente recurso contencioso número 1013 de 1989, deducido por el Procurador Uriarte González en representación de don Blas Ibañez Pérez y José Antonio Ibañez Pérez. No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

*Segundo.*- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante que fue admitido en un solo efecto, emplazándose a las partes ante este Alto Tribunal, sustanciándose la alzada por sus trámites legales, con intervención también de la parte apelada señalándose finalmente para votación y fallo el día 19 de diciembre de 1990, en cuya fecha tuvo lugar; siendo Ponente el Excmo. don Francisco González Navarro, Magistrado de esta Sala.

#### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

*Primero.*- Hace notar la parte apelante en su escrito de alegaciones que el auto impugnado impide conocer las verdaderas razones de la denegación de la suspensión solicitada ya que no es más que un impreso en el que se recogen una serie de cláusulas de estilo sobre la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos, impreso que no tiene otra conexión con el asunto que el de la identificación nominativa de las partes y la expresión numérica del proceso a que hace referencia el incidente.

No es la primera vez que este Tribunal supremo tiene que enfrentarse con actuaciones judiciales de este tipo. Y una vez más debe insistir en que una cosa es la necesidad e incluso la conveniencia de introducir en la Administración judicial criterios de racionalización del trabajo - lo que hace aconsejable la normalización de aquellas partes de una resolución judicial que sean comunes para determinados supuestos- y otra cosa es desconectar del supuesto de hecho concreto sin molestarse en razonar mínimamente su relación con los fundamentos jurídicos que sean de aplicación y que en ocasiones es posible normalizar dada la reiteración con que tiene que pronunciarse sobre ellos un Tribunal de justicia.

Pero un mero impreso cumplimentado en la forma que se ha dicho antes no puede considerarse suficiente a efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se le deniega su pretensión.

No basta, pues, con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. Es necesario razonar

suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general. Lo contrario implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), por tanto, también a los Tribunales de justicia.

Y por ello es necesario subrayar que el uso de impresos tendentes a racionalizar -en este caso, a simplificar- el trabajo de los Tribunales, no es lícito ni legítimo si no se guardan escrupulosamente aquellas garantías cuyo respeto viene exigido por ese derecho de contenido complejo que es el derecho a una tutela judicial efectiva. Entre esas garantías se encuentra, precisamente, la motivación de la decisión adoptada, motivación que consiste en articular, mediante un razonamiento suficiente, el supuesto de hecho con las prescripciones que el ordenamiento contiene. Resumir el derecho aplicable y a renglón seguido decir, sin más, que no se dan los requisitos para otorgar la suspensión solicitada no es motivar, y ello vicia radicalmente aquella decisión.

Pero este Tribunal supremo, actuando como Tribunal de apelación, encuentra otras razones más profundas para acordar la revocación del auto impugnado. De ello nos ocupamos a continuación.

*Segundo.*- Aquí nos encontramos con que el acto cuya suspensión se solicita ordena el cese en la actividad de unas cuadras para ganado ovino "en base" -dice- a una determinada sentencia del Tribunal superior de Aragón cuya firmeza no consta y, desde luego, se niega por el apelante sin que se discuta esta negativa por el Ayuntamiento. Y todo ello conecta con otro acto administrativo también *sub iudice* en que se afirma -sin mayor razonamiento- que los hermanos Ibáñez, aquí apelantes, han incumplido las condiciones de la licencia concedida, haciéndose también referencia a un acuerdo municipal en el que el Ayuntamiento ordena: a) abrir expediente por error técnico cometido en un informe relativo a las naves de los apelantes, b) que se estudien las posibilidades de legalización de esas naves, así como c) "iniciar el expediente de renovación de la licencia de actividad en base al incumplimiento de las condiciones de la licencia y el desalojo del ganado de las naves."

Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etcétera.

Por supuesto -y esto debe dejarse perfectamente claro- que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes.

En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente al artículo 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero este Tribunal supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art.24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por este principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado general en la sentencia Factortame del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal, y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Este principio general de derecho que, como luego se dirá, fue desvelado ya por este Tribunal supremo hace varios años y reiterado en varias sentencias, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto -y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno- lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia -apariencia, insistimos- de buen derecho. Esta apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Pero es que, además, una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo nacional permite descubrir, cuando se lea desde esta atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos -que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano- permite hacer patente.

El artículo 122 de la Ley de la jurisdicción es paralelo al 116 de la Ley de procedimiento administrativo y éste sólo puede ser entendido correctamente cuando se le pone en conexión con el artículo 72, general para las medidas cautelares, donde se dice que éstas tienen por finalidad "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer".

Por su parte, el artículo 56 de la Ley orgánica del Tribunal constitucional dice que se acordará la suspensión de los actos impugnados cuando la ejecución "hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder el amparo su finalidad" (nótese cómo este precepto conecta los perjuicios con incapacidad del fallo que en su día se dicte para hacer efectiva la tutela otorgada).

Y, por último el artículo 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil, redacción de la Ley de 6 de agosto de 1984, admite la adopción de aquellas medidas cautelares "que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere" (el paralelismo entre este precepto y el antes citado artículo 72 de la Ley de procedimiento administrativo es evidente; y que ello sea así no puede sorprender porque el ordenamiento jurídico es, o al menos debe ser, en conjunto coherente, esto es inteligible; que en este caso la coherencia existe entre la vía revisora judicial y la vía previa administrativa no parece que pueda discutirse).

Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que, contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la Ley jurisdiccional parece postular, nuestro derecho nacional -al margen incluso de su inescusable inserción en el sistema comunitario- alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tiene tanto la administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial).

Obviamente esto supone una nueva manera de ver las cosas, una nueva forma de entender el mismo artículo 122 de la Ley jurisdiccional que le despoja de las rigideces que una lectura aislada del mismo viene atribuyéndose. Pero esto es lo que ocurre siempre que se acepta una nueva matriz teórica: que se hace patente lo que antes -aunque estaba ahí, delante de nosotros- no se alcanza a ver. La nueva matriz teórica tiene expresión en el propio texto constitucional y se llama tutela judicial efectiva. El derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace entonces manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos.

El conjunto normativo descrito manifiesta la existencia en nuestro derecho nacional de un principio general según el cual, "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón", formulado precisamente en estos términos en

la sentencia de la sala 3ª de este Tribunal supremo de 27 de febrero de 1990 (apelación 626/88), y que aparece ya también en otra sentencia de la misma sala de 20 de marzo de 1990 (apelación 2580/86) con esta otra redacción: "es la Administración la que corre riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declare ilegal".

Como se ve, estas declaraciones del Tribunal supremo de España pueden servir de apoyo también a la tesis del abogado general que implícitamente acepta el Tribunal de la Comunidad europea en esa sentencia *Factortame* más arriba citada y que es posterior en unos meses a estas dos nuestras. Porque confirman que existe una común sensibilidad jurídica en los países de esa organización supraestatal a la que pertenecemos, lo que permite afirmar la coherencia de ese ordenamiento jurídico in fieri que es el comunitario europeo. Y toda vía más recientemente, otra sentencia de la misma sala 3ª de este Tribunal supremo de España ha insistido en el mencionado principio: la de 4 de diciembre de 1990 (apelación 25/98).

Debe decirse, por último, que este principio de nuestro derecho tanto del nacional como del comunitario- se muestra particularmente fecundo, pues ha servido tanto para reducir los efectos *ex nunc* de la anulabilidad (Sentencia 20 de marzo 1990, citada), como para conseguir actualizar el importe de una indemnización (sentencia de 4 de diciembre de 1990, también citada).

Tercero.- Sólo resta por decir ya, contestando a lo alegado por el Ayuntamiento en el fundamento 3º de su escrito de alegaciones, que mientras no haya sentencia firme no puede decirse que se ha otorgado tutela judicial efectiva y, por tanto, subsiste el derecho a una tutela cautelar que, *sic stantibus*, debe otorgarse o, en su caso, mantenerse.

Es por lo que,

#### LA SALA ACUERDA

Que hay lugar a estimar el recurso interpuesto por don Blas y don José Antonio Ibáñez Pérez contra el auto de treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, dictado por el Tribunal superior de justicia de Aragón, en incidente de suspensión en el proceso 1013/89, el cual debemos revocar y revocamos por no ser conforme a derecho. Sin costas.

*Servitesis*

OTRA OPCION PARA SU TESIS

**615-18-61**

AV. MEXICO 2210

(CASI ESQUINA CON AMERICAS)