



Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)\*

## El ministro instructor y la suspensión del acto reclamado en la controversia constitucional mexicana\*\*

### RESUMEN

La suspensión del acto reclamado en el proceso de controversia constitucional mexicano (conflictos competenciales entre órganos del Estado) ha sido poco estudiada, a pesar de la abundante bibliografía sobre esta figura en el centenario juicio de amparo. Su funcionalidad como institución procesal resulta importante, al constituir una tutela fundamental para la efectividad del objeto mismo del proceso. La finalidad del presente trabajo consiste en analizar esta medida o providencia cautelar a la luz de los poderes del juez constitucional, especialmente de las atribuciones del ministro instructor. Así se examinan el marco jurídico de la institución, sus características generales, las vías de tramitación, sea de oficio o a instancia de parte, el resultado de la decisión cautelar y los presupuestos materiales que la rigen, como son la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida.

**Palabras clave:** proceso constitucional, justicia constitucional, garantías constitucionales, suspensión en controversia constitucional, medidas cautelares, jurisprudencia comentada, México.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Aussetzung eines angefochtenen Rechtsaktes im mexikanischen Normenkontrollverfahren (Kompetenzkonflikte zwischen Staatsorganen) wurde bisher trotz der umfangreichen Literatur zu dieser Figur in der hundertjährigen Geschichte des Verfassungsbeschwerdeverfahrens wenig untersucht. Seine Funktion als Verfahrensinstitution ist insofern von Bedeutung, als sie einen wesentlichen Schutz für die effektive Entscheidung des eigentlichen Verfahrensgegenstands bietet. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, diese schützende Maßnahme oder Entscheidung unter Berücksichtigung der Zuständigkeiten des Verfassungsrichters, vor allem aber mit Blick auf die Befugnisse des ermittelnden Richters zu analysieren. Dazu wird neben den rechtlichen Grundlagen dieser Institution auch auf ihre allgemeinen Charakteristika, die

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <eferrerm@servidor.unam.mx>. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, <www.iidpc.org>. Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

\*\*El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Cancún, 2008). Ahora se presenta en versión actualizada y resumida para el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Instanzenwege bei einem Vorgehen von Amts wegen bzw. auf Antrag einer interessierten Partei, das Ergebnis der Schutzmaßnahme und die ihr zugrunde liegenden inhaltlichen Annahmen des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit, der Gefahr im Verzug und der Angemessenheit der Maßnahme eingegangen.

**Schlagwörter:** Verfassungsprozess, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgarantien, Aussetzung im Normenkontrollverfahren, Schutzmaßnahmen, kommentierte Rechtsprechung, Mexiko.

## ABSTRACT

The suspension of an *acto reclamado* (a challenged act) during a Mexican constitutional dispute relating to conflicts of jurisdiction between government departments has not been studied much, despite an ample bibliography regarding the subject in the century-old *amparo* (writ of protection) proceedings regarding constitutional guarantees. The suspension, as a procedural instrument, is important because it serves as a fundamental protection for the effectiveness of the process' object: actual relief for the complainant rather than an illusory judgment. The purpose of this paper is to discuss this suspension course of action in light of the powers of constitutional judges, particularly those of the examining justice. Thus, the paper examines the general characteristics of a suspension of an *acto reclamado*, as well as the process involved (either *ex officio* or *ex parte*), the results of the protective decision and the prerequisites which must be complied with, such as *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, and the adequacy of the measure.

**Keywords:** constitutional process, constitutional justice, constitutional safeguards, constitutional dispute suspension, precautionary measures, annotated jurisprudence, Mexico.

## 1. Introducción

Hace tres lustros se aprobaron en México las reformas constitucionales en materia judicial más importantes de la segunda mitad del siglo pasado. La trascendental reforma de 31 de diciembre de 1994 tuvo como eje fundamental el convertir materialmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un tribunal constitucional.<sup>1</sup>

Por una parte, se incorpora la *acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales* y, por otra, se amplían los supuestos de las *controversias constitucionales* (conflictos de atribuciones entre órganos del Estado),<sup>2</sup> de tal manera que en algunos supuestos las sentencias pueden tener efectos generales hacia el futuro (salvo en materia penal), y la propia Corte posee amplias facultades para determinar las demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte.

Es cierto que la sentencia constitucional representa la máxima expresión de los poderes del juez constitucional. Es el corazón de la jurisdicción constitucional, la

<sup>1</sup> Cf. nuestro reciente trabajo sobre “La Corte Suprema di Giustizia del Messico quale Tribunale Costituzionale”, en Luca Mezzetti (coord.): *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padua: Cedam, 2009, pp. 587-622.

<sup>2</sup> El más reciente y completo estudio sobre este proceso constitucional corresponde a José Ramón Díaz Cossío: *La controversia constitucional*, México: Porrúa, 2008.

actuación jurisdiccional por excelencia, al resolver la cuestión constitucional planteada con repercusiones jurídicas (políticas y sociales también) de la mayor importancia en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, no todos los actos jurisdiccionales dentro de un proceso constitucional constituyen *resoluciones* y menos aun *sentencias*.<sup>3</sup> Es más, no todas las manifestaciones de los poderes del juez constitucional se encuentran contenidas, en estricto rigor, en las actuaciones jurisdiccionales,<sup>4</sup> si bien es en estas donde alcanzan su mayor expresión y particularmente en las *resoluciones* que dicta.

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

Nuestro objetivo es brindar algunas notas sobre la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional a la luz de las atribuciones del ministro instructor, sin ningún ánimo de exhaustividad.

## 2. Atribuciones del ministro instructor y marco jurídico

Una primera aproximación a la importancia de la figura del ministro instructor en los procesos de controversia constitucional (y también en acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales) se advierte si se tiene en consideración que es mencionado en 36 ocasiones en 24 diversos preceptos de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional (en adelante LR 105), es decir, en casi en un tercio del total de los artículos que la integran.

En materia de controversias, específicamente se le otorgan *facultades trascendentales de decisión*: admitir o desechar de plano la demanda; prevenir a los promoventes para que subsanen las irregularidades; emplazar a la parte demandada y dar vista a las demás partes; señalar fecha y celebrar la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, pudiendo desechar de plano las que no guarden relación con la controversia

<sup>3</sup> Esto se advierte con mayor claridad en las acciones abstractas de inconstitucionalidad de normas generales, donde es frecuente una pluralidad de impugnaciones (litigios atomizados), que den lugar a diversos pronunciamientos contenidos en una sola sentencia. Un análisis de esta compleja situación, puede verse en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil: *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido del caso "Ley de Medios"*, México: UNAM, 2009.

<sup>4</sup> En el sistema jurídico mexicano, así sucede, por ejemplo, con la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prevista en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Federal.

o no influyan en la sentencia definitiva; designar al perito o peritos que estime conveniente; decretar pruebas para mejor proveer; requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto; resolver sobre los diversos incidentes nominados e innominados; y elaborar el proyecto de resolución para someterlo al Tribunal Pleno, entre otras. Dentro de estas amplísimas facultades se encuentran también las relativas a *otorgar, negar, modificar o revocar la suspensión del acto impugnado*.

Todas estas facultades no se encuentran en disposición constitucional alguna. El artículo 105 constitucional, que regula en su fracción I las controversias constitucionales, remite a la ley reglamentaria, contrariamente a lo que sucede en el juicio de amparo. Si bien pudiera pensarse que tiene aplicabilidad en materia de controversias lo dispuesto en la fracción X del artículo 107 constitucional, que regula la suspensión en materia de amparo, no es así, ya que se trata de un diverso proceso constitucional y no existe remisión alguna a este dispositivo constitucional, ni referencia similar en la LR 105.<sup>5</sup>

Esto último resulta importante, ya que el primer párrafo de la fracción X del citado precepto establece previsiones que el juez constitucional debe considerar para el otorgamiento de la suspensión del acto, a saber: “[...] la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público”. Si bien estos elementos pueden considerarse en el incidente de suspensión en controversia constitucional, creemos que no es por aplicación del artículo 107 constitucional que no le resulta aplicable, sino más bien por ser coincidentes con los parámetros de las medidas cautelares en general y con las particularidades propias que se derivan de la LR 105 y de la jurisprudencial constitucional.

La regulación de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista de manera precisa en la LR 105, en los artículos 14 a 18, que integran la sección segunda: “De la suspensión”, del capítulo segundo, relativo a “Los incidentes”; mientras que el artículo 12 se refiere a la oportunidad en la resolución del incidente de suspensión, que deberá realizarse antes del dictado de la sentencia definitiva; y el artículo 35 complementa la posibilidad de que el ministro instructor pueda decretar pruebas para mejor proveer y requerir a las partes informes o aclaraciones necesarios para resolver sobre la suspensión (por remisión del primer párrafo del artículo 14 de la misma ley, que señala la aplicabilidad del referido artículo 35), posibilidad que se considera una facultad que puede utilizar el ministro instructor para resolver sobre la suspensión, sin que implique una obligación.<sup>6</sup> Asimismo, deben tenerse en consideración los artículos

<sup>5</sup> Véase la tesis CXVII/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es: “Suspensión. Es inaplicable lo preceptuado en la fracción X del artículo 107 de la carta magna, tratándose de controversias constitucionales” (*SJFG*, t. XII, septiembre de 2000, p. 588).

<sup>6</sup> Cf. la tesis 15/97, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultad, pero no obligación, de recabar pruebas, previamente a la decisión sobre la suspensión” (*SJFG*, t. V, febrero de 1997, p. 509). En sentido contrario, Castro y Castro considera que, al no preverse en la LR 105 la substanciación del incidente de suspensión, debe acudirse, en términos del artículo 1 de la misma ley reglamentaria, a los artículos 358 a 364 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señalan la tramitación de los incidentes que no tengan

51.IV y 55.I de la LR 105, relativos a los recursos de reclamación y queja, en aspectos relacionados con la suspensión.

En estos preceptos queda regulada la materia de la suspensión en controversia constitucional, sin que sea necesario recurrir al Código Federal de Procedimientos Civiles de manera supletoria.<sup>7</sup>

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que la suspensión del acto en controversia constitucional es parte del *debido proceso* regulado en el artículo 14,<sup>8</sup> en relación con el 17 constitucional;<sup>9</sup> de tal suerte que el ministro instructor debe tener presente siempre que se cumpla con este derecho fundamental de carácter instrumental, ya que cualquier medida cautelar constituye, como ha señalado Calamandrei, el “instrumento del instrumento” en cuanto a la finalidad última de la función jurisdiccional.<sup>10</sup> En palabras del inolvidable profesor florentino:

Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son [...] en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.<sup>11</sup>

Así lo deja ver García de Enterría en otra clásica obra, si bien en materia contencioso-administrativa, al señalar que el Tribunal Constitucional español ha proclamado

---

precisada una tramitación especial. Cf. Juventino V. Castro y Castro: *El artículo 105 constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed., México: Porrúa, 2000, p. 210.

<sup>7</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 14/97 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Controversias constitucionales. Interés jurídico en materia suspensiva, no es supletorio el código federal de procedimientos civiles” (*SJFG*, t. V, febrero de 1997, p. 579).

<sup>8</sup> Sobre los alcances de este precepto, véase Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México: Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

<sup>9</sup> Incluso se ha considerado como fundamento constitucional de las medidas cautelares en general, el contenido del artículo 17 constitucional al señalar, en la parte conducente, que “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”. Cf. Héctor González Chévez: *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México: Porrúa, 2006, pp. 158-160.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, lo ha estimado el Tribunal Constitucional español, al considerar las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva. En general, sobre las medidas cautelares en España, véase Manuel Ortells Ramos: *Las medidas cautelares*, Madrid: La Ley, 2000; en cuanto a los procesos constitucionales, véanse Javier Cifuentes: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid: Colex, 1993; Carmen Chinchilla Marín: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1991; Eduardo García de Enterría: *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2006; y Miguel Ángel Montañés Pardo: *La suspensión cautelar en el recurso de amparo. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Pamplona: Aranzadi, 2001.

<sup>11</sup> Piero Calamandrei: *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45. La obra original en italiano fue publicada en 1936, con el título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua: Cedam.

“que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar” y que concretamente ha definido el contenido de ese derecho “como todo lo que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no solo suspensiones de actos administrativos”.<sup>12</sup>

De ahí que el ministro instructor deba cuidar el equilibrio entre las partes al otorgar la medida cautelar, lo que no significa que deba siempre otorgarse *audiatur et altera pars*, como veremos más adelante.

### 3. Características generales de la suspensión en controversia constitucional

El incidente de suspensión del acto en controversia constitucional culmina con una resolución judicial del ministro instructor en forma de auto. Sus *características generales* coinciden con las de cualquier medida cautelar al compartir su misma naturaleza y de cierto modo resultan concomitantes.

a. *Instrumentalidad*. Esta característica constituye “la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares”, como lo dejó ver Calamandrei desde aquel luminoso estudio de 1936 que marcó el futuro del estudio de la institución cautelar.<sup>13</sup> A partir de entonces se ha venido estudiando las medidas cautelares con este carácter. Sin embargo, desarrollos posteriores en la doctrina procesal han cuestionado su instrumentalidad a la luz de nuevas instituciones, que pretenden ser englobadas en una concepción amplia denominada *justicia cautelar*. Estos nuevos desarrollos, como las “medidas autosatisfactivas”, la “prueba anticipada”, la “ejecución provisional”, conjuntamente con los denominados “procesos urgentes”, si bien tienen similitudes con las (auténticas) medidas cautelares, carecen de aquella característica fundamental de *instrumentalidad* advertida hace más de seis décadas por el discípulo de Chiovenda.

Tratándose de la suspensión del acto en controversia constitucional resulta clara su *instrumentalidad* o, si se prefiere, *subsidiariedad* con relación al proceso principal del cual depende. Implica la medida cautelar un “nexo necesario” con el proceso principal.<sup>14</sup> Puede ocurrir que no exista decisión cautelar alguna durante el procedimiento constitucional, sea porque la suspensión no se haya pedido, o habiéndose solicitado

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría: *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 15. En varios tribunales constitucionales se ha venido aceptando a las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva.

<sup>13</sup> Calamandrei: o. cit., p. 44. Su contemporáneo, Francesco Carnellutti, en un principio, consideró que las medidas cautelares constituían un proceso autónomo, de tal suerte que representaban un *tertium genus*, al lado de los procesos de cognición y de ejecución, criterio que con posterioridad cambiara para adherirse a la tesis de la instrumentalidad de las medidas cautelares; cf. de este autor, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1989, t. 1, pp. 327-328.

<sup>14</sup> Cf. Ignacio Díez-Picazo Giménez: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Arce, 2002, p. 67.

no se otorgó, o porque no se hubiese decretado de oficio. Y aun existiendo, su finalidad no puede identificarse con la del proceso constitucional, dado que su función consiste en conservar la materia del objeto de la litis y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad por la demora del procedimiento, es decir, constituye como lo advierte Calamandrei “instrumento del instrumento”. Esta *instrumentalidad cualificada* solo se explica en razón del proceso principal que pretende asegurar, ya que “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”<sup>15</sup>

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

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

Sin embargo, la *autonomía*, como rasgo característico de la suspensión del acto en controversia constitucional, no se constituye por el procedimiento seguido para la decisión cautelar, sino por su *funcionalidad*, esto es, por su “autonomía funcional” como institución procesal. La finalidad de la suspensión en controversia constitucional, como lo ha definido la jurisprudencia de la Suprema Corte, consiste en permitir conservar la materia del litigio, de tal suerte que se asegure provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate para que la sentencia que se dicte eventualmente declare el derecho del actor y pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y, por otra parte, su finalidad consiste en evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso constitucional.<sup>16</sup>

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

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

<sup>15</sup> Calamandrei: o. cit., p. 44.

<sup>16</sup> Cf. la tesis aislada L/2005 de la Primera Sala, cuyo rubro es “Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y características” (S/JFG, t. XXI, junio de 2005, p. 649).

sobre la pretensión planteada, por lo que no recaen sus efectos en la relación jurídica principal y, por lo tanto, carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada.<sup>17</sup>

Esta característica se deriva del artículo 16 de la LR 105, que establece que “podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva”, ya que por su propia naturaleza la decisión cautelar no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva. Aquí conviene distinguir entre el “momento de solicitud” de la medida o “del momento de otorgamiento de oficio”, que en todo caso tiene que ser antes del dictado de la sentencia, de aquel otro “momento en que los efectos de la suspensión del acto dejan de producirse”. Lo anterior lo consideramos importante, ya que en términos del artículo 45 de la LR 105 la sentencia definitiva produce sus efectos a partir de la fecha que la propia Suprema Corte determine, razón por la cual creemos que la eficacia de la medida cautelar debe prolongarse hasta que entren en vigor los efectos del fallo definitivo. De lo contrario, podrían causarse daños irreversibles a las partes (en algunas ocasiones incluso por mala fe) en el lapso que medie entre la emisión de la sentencia y la fecha en que se produzcan sus efectos.

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

d. *Mutabilidad*. Mientras que las tres características anteriores, *instrumentalidad*, *autonomía* y *provisionalidad*, constituyen características que siempre están presentes en la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional, la *mutabilidad* representa un atributo de la decisión cautelar referida a su *variabilidad*, por lo que en ocasiones no se da este supuesto. Esta característica no debe confundirse con la *provisionalidad*, que atiende al carácter no definitivo de la medida; en cambio, la *mutabilidad* se refiere al carácter flexible, sea por decisión del propio ministro instructor al cambiar ciertas circunstancias fácticas que la motivaron (hecho nuevo o superveniente) o bien por ser impugnables ante el pleno o las salas de la Suprema Corte (de conformidad con los acuerdos plenarios 5/2001 y 3/2008).

<sup>17</sup> Somos conscientes de que no es pacífica en la doctrina la cuestión de si la decisión en una medida cautelar adquiere la calidad de cosa juzgada. Algunos consideran incluso que se trata de una *cosa juzgada provisional*, que también se distingue de la *cosa juzgada asegurativa* y de la *cosa juzgada anticipatorio*, como lo hace ver el procesalista argentino Adolfo Rivas, si bien matiza cuando se refiere al amparo; cf. su trabajo “La satisfacción anticipada de la pretensión”, en Jaime Greif (coord.): *Medidas cautelares*, Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 223-265. Nosotros nos inclinamos por considerar que la cosa juzgada solo resulta de la sentencia definitiva y no de las medidas cautelares, que por naturaleza son temporales y flexibles.

#### 4. Suspensión de oficio y a petición de parte

Dependiendo de las finalidades de cada medida cautelar existen diversos procedimientos de cognición.<sup>18</sup> En el procedimiento cautelar en materia de amparo se advierte con claridad, teniendo en cuenta la precisión que Fix-Zamudio formula según sea la vía indirecta (ante juez de distrito) o directa (ante un tribunal colegiado de circuito).<sup>19</sup>

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

En realidad las suspensiones “provisional” y “definitiva” son ambas *provisionales* en cuanto a que las dos duran hasta que acontece un hecho o acto que las agota. Aquí cobra relevancia la advertencia de Calamandrei, sobre este aparente juego de palabras, dado que “el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; *provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoriedad* subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado”.<sup>20</sup>

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

Ahora bien, ¿cuáles son los tipos de suspensión que pueden existir en las controversias constitucionales? El ministro instructor podrá otorgar la suspensión del acto

<sup>18</sup> Sobre estos procedimientos de cognición de las medidas cautelares atendiendo a sus especiales finalidades asegurativas, véase Calamandrei: o. cit., pp. 79-84.

<sup>19</sup> Esta precisión resulta importante para comprender los dos sectores en que opera la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que, dependiendo de su tramitación en la vía indirecta o directa, existen reglas precisas sobre la suspensión de oficio y de instancia de parte. Cf. las clásicas obras Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, 41.<sup>a</sup> ed., México: Porrúa, 2005, pp. 720-818; Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.<sup>a</sup> ed., México: Porrúa-UNAM, 2003, pp. 59-65; y Alfonso Noriega: *Lecciones de Amparo*, 3.<sup>a</sup> ed., México: Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

<sup>20</sup> Calamandrei: o. cit., p. 36.

1) *de oficio*, o 2) a *petición de parte*, conforme lo establece el artículo 14 de la LR 105. Sin embargo, no existe claridad en el procedimiento a seguir para ambos tipos de suspensión, a diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, cuya regulación es precisa.

Esto ha motivado ciertas dudas de la doctrina. El hoy ministro jubilado de la Suprema Corte Juventino Castro y Castro ha considerado que en realidad no existe *la suspensión de oficio* en la controversia constitucional. Considera que este tipo de suspensión que se da en materia de amparo, en ciertos casos “precede al juicio principal que *probablemente* se abrirá, pero que también no se asegura que existirá. Así esta suspensión es *autónoma*; es decir es una cautela emergente que tiene vida por sí misma. El procedimiento que se instaura *no es un incidente*. Todo esto que demuestra una autonomía de la providencia cautelar, puede ocurrir en el juicio de amparo. No es ese el caso de las controversias constitucionales. En estos procedimientos *no hay suspensión de oficio*; por lo tanto, en ellas no cabe pensar en una suspensión autónoma del principal. *En todo momento es un incidente*. Así lo dice el artículo 16 de la Ley: “La suspensión se tramitará por vía incidental y *podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva*”.<sup>21</sup>

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

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

La procedencia *de oficio* de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista expresamente en el artículo 14 de la LR 105. Su tramitación difiere de la que se prevé en materia de amparo, que debe otorgarse de plano. En la controversia constitucional, en cambio, siempre tendrá que ser en vía incidental en términos del artículo 16 de la LR 105, como bien lo señala Castro y Castro; y además, teniendo en consideración que la regulación específica “De la suspensión” constituye una sección especial del capítulo II, “De los incidentes”, se infiere que la suspensión, sea de oficio

<sup>21</sup> Castro y Castro: o. cit., pp. 205-206.

o a petición de parte, deberá tramitarse vía incidental, sin que ello sea obstáculo para que bajo esta forma se otorgue la suspensión de oficio.

¿Qué sucedería si las partes no solicitan la suspensión y el ministro instructor advierte que debe otorgarse al considerar afectación al interés público con inminente daño a la sociedad? Si la propia ley permite que “el ministro instructor, *de oficio* o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto”, no advertimos obstáculo alguno para que pueda el ministro otorgarla en vía incidental, ya que el citado artículo 16 claramente señala que “la suspensión se tramitará por vía incidental”, debiendo tenerse en cuenta para concederla “los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor” (artículo 14 de la LR 105) y atendiendo además la regla general prevista en el artículo 18 de la LR 105, relativa a que “deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional”.<sup>22</sup>

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

Pudiera pensarse que si en el amparo la suspensión de oficio se otorga de plano, implica una mayor celeridad en la decisión cautelar. Lo anterior no es del todo exacto, ya que si bien este tipo de suspensión en controversia constitucional debe tramitarse por la vía incidental, es decir, debe abrirse un cuaderno por separado, nada impide que el ministro instructor decida sobre la medida de inmediato en el incidente respectivo (que incluso no vemos inconveniente, si bien no es lo ortodoxo, que sea antes de admitirse la demanda si así se amerita, como sucede en amparo), en casos extremos de notoria urgencia; de lo contrario, la dilación podría ocasionar daños irreparables a la sociedad, mermando en todo o en parte la eficacia del proceso constitucional.

La urgencia de la medida implica, por lo tanto, que sea *inaudita altera parte*, sin que ello represente violación al debido proceso, ya que no debe perderse de vista que el *principio de audiencia* se respetaría en una fase posterior, dado el carácter *flexible* de la medida adoptada, al poder ser modificada o revocada por el propio ministro instructor (por hechos supervenientes o nuevos que lo fundamenten) o a través del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 51.IV, de la LR 105, que pudiera conducir a revocar o modificar la medida. Además, como hemos visto, la medida siempre resulta *provisional*, por lo que en ningún caso puede *resultar irreversible*, puesto que ello constituiría una situación jurídica inmodificable, lo que iría en contra de la finalidad de la suspensión.

<sup>22</sup> Los ministros instructores han otorgado la suspensión de oficio en el incidente correspondiente, por ejemplo, en la controversia 8/2001.

La segunda parte del artículo 14 de la LR 105, al establecer que la suspensión “se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable”, no significa que necesariamente se deba realizar una cognición amplia en el procedimiento incidental. Por una parte, en cuanto al segundo supuesto, la propia Suprema Corte ha entendido que el ministro instructor no tiene *obligación* de recabar pruebas de las partes previamente a determinar sobre la medida suspensiva, “sino que representa una *facultad* para hacerlo, que no tiene que ejercitar cuando, a su juicio, cuenta con los elementos necesarios para proveer lo relativo al respecto”.<sup>23</sup> Y en cuanto a la primera parte del precepto, dada la urgencia de la medida que debe adoptarse, debe resolverse conforme los elementos que hasta ese momento hubieran sido proporcionados, incluso en la propia demanda o, en su caso, en la contestación,<sup>24</sup> de tal suerte que opere el principio de celeridad atendiendo a la urgencia del caso, dadas las características particulares de la controversia constitucional en trámite.

Así, cuando el ministro instructor conceda *la suspensión de oficio*, debe ser en vía incidental, lo cual difiere de lo previsto en materia de amparo, que se otorga de plano sin abrir incidente alguno. Cuestión distinta es que la LR 105 no establezca los supuestos en que debe proceder, como se prevé en amparo, en el que se otorga de oficio cuando importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, o cuando se trate de algún otro acto que de consumarse sería irreparable, o cuando se trata de los núcleos de población ejidal o comunal (artículos 124 y 233 de la Ley de Amparo).

En el caso de la controversia constitucional, el otorgamiento de *la suspensión de oficio* debe motivarse en la decisión cautelar correspondiente, y si bien no existen los supuestos específicos en que debe operar, creemos que siempre debe gravitar para su otorgamiento algún elemento que implique la urgencia de la medida para evitar daños irreparables y garantizar la eficacia del proceso, de tal suerte que de no otorgarse se afectaría de alguna manera el interés de la sociedad; en este sentido podrían utilizarse los supuestos previstos en el artículo 15 de la LR 105, que, si bien son hipótesis para negar la suspensión, operarían a la inversa para otorgar la suspensión de oficio.<sup>25</sup>

*La suspensión a petición de parte* también debe tramitarse por la vía incidental y puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva. Dado que la ley guarda silencio respecto de la substanciación del incidente, resulta

<sup>23</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 15/97 del Tribunal Pleno, o. cit.

<sup>24</sup> Cabe precisar que en el incidente de suspensión puede obrar copia certificada de la totalidad de las constancias que integran el expediente principal.

<sup>25</sup> Así sucedió en la controversia constitucional 8/2001, promovida por el Ejecutivo Federal en contra del decreto por el que el jefe de Gobierno del Distrito Federal determinó que se conservara en esa entidad el *huso horario* vigente. En este caso se concedió la “suspensión de oficio” en el incidente respectivo, al considerar el ministro instructor que de no otorgarse tal medida se afectaría la vida de los habitantes de dicha entidad federativa con repercusiones nacionales e internacionales, poniendo en peligro “la seguridad y economía de la sociedad”, elemento este último que aparece entre las hipótesis del artículo 15 de la LR 105 como prohibición para negar la suspensión.

interesante establecer si debe aplicarse la regla general de tramitación de los incidentes nominados de especial pronunciamiento,<sup>26</sup> a que se refiere el tercer párrafo del artículo 13 de la LR 105, que señala: “Los incidentes se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda”.<sup>27</sup>

Esta “audiencia incidental” está regida por el principio de contradicción, donde se prevé audiencia a las partes y existe concentración procesal. Sin embargo, este procedimiento no es aplicable para la suspensión del acto, toda vez que existe una sección especial que regula el incidente de suspensión, por lo que no necesariamente debe seguirse *audiatur et altera pars*, en los términos antes señalados. De esta manera, al igual que en la suspensión de oficio, creemos que no existe obstáculo alguno para que el ministro instructor *pueda resolver de manera inmediata*, si cuenta con los elementos suficientes para ello (proporcionados por las partes) y *dadas las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional* sobre la que se esté resolviendo, en términos del artículo 18 de la LR 105. En caso de que no cuente con estos elementos que le otorguen convicción para resolver sobre la suspensión, puede discrecionalmente decretar pruebas para mejor proveer o requerir a las partes que proporcionen las aclaraciones e informes necesarios para poder decidir (artículo 35 en relación con el 14, de la LR 105).

También conviene precisar que en la suspensión a petición de parte en controversia constitucional no se prevé, como sucede en amparo, una posible doble etapa sucesiva regulada en ley: *la suspensión provisional* (si hubiera peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso), que se otorga con vigencia *interina* hasta tanto se realiza una convalidación a través de la *suspensión definitiva*, con una cognición con plena audiencia de las partes, en los términos ya precisados. Situación que no opera en la controversia constitucional, como de manera correcta recientemente lo ha entendido el Pleno de la Suprema Corte.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> El artículo 12 de la LR 105 se refiere a tres incidentes de especial pronunciamiento: nulidad de notificaciones, de reposición de autos y el de falsedad de documentos, y precisa que cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción del de suspensión, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

<sup>27</sup> Esta “audiencia incidental”, no debe confundirse con la diversa “audiencia” del proceso principal, relativa al ofrecimiento y desahogo de pruebas a que se refiere el artículo 29 de la LR 105, ya que ambas tienen finalidades diversas.

<sup>28</sup> Este criterio puede verse en el recurso de reclamación 30/2008-CA, derivado de la controversia constitucional 86/2007 y su incidente de suspensión, resuelto el 19 de mayo de 2008, con la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. Resulta interesante el considerando quinto, que en la parte conducente señala: “De acuerdo con el Capítulo II, ‘De los incidentes’, Sección I, ‘De los incidentes en general’, ‘De la suspensión’, artículos 14 a 18, de la Ley Reglamentaria de la materia, la modalidad de la suspensión en la controversia constitucional es única, se resuelve sobre ella otorgando de manera definitiva —con posibilidad de modificación o revocación, según el contenido del numeral 17 del ordenamiento en cita— es decir, el ministro instructor no tiene posibilidad de otorgar la suspensión de manera temporal o previa, lo que es propio de otros medios de control, como lo es el juicio de amparo. En esas circunstancias, la denominación utilizada en el auto recurrido no es correcta, pues la Ley Reglamentaria de la materia no contempla la figura de la suspensión provisional, por lo que es oportuno precisar que tampoco es procedente conceder en una controversia constitucional la medida cautelar con los alcances o méritos propios de la

## 5. Resultado de la decisión cautelar

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

1. Se puede *conceder* la suspensión del acto parcial o totalmente, así como de sus efectos y consecuencias,<sup>29</sup> en cualquier momento durante el procedimiento principal, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva. A diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, donde existen principios constitucionales (artículo 107.X) y reglas aplicables en la materia (artículos 123 y 124), no se establecen en las controversias constitucionales presupuestos para otorgar la suspensión. La LR 105 solo señala que se concederá “con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor” (artículos 14 y 35, de la LR 105) y debiendo tener en cuenta “las circunstancias y características particulares de la controversia” (artículo 18 LR 105).<sup>30</sup>

Pareciera que el legislador le ha otorgado al ministro instructor amplios poderes discrecionales, por lo que en esta materia debería reforzarse la motivación de su decisión. Es la jurisprudencia de la Suprema Corte la que ha venido estableciendo ciertos parámetros y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la suspensión y determinar lo que es propiamente materia de esta.<sup>31</sup> Debe destacarse que la suspensión en controversia constitucional (como así se ha reconocido desde hace tiempo por la mejor doctrina en amparo) “es una especie del género de las medidas cautelares”, de tal suerte que, en principio, “le son aplicables las reglas generales de tales medidas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido que operan excepcionalmente los siguientes presupuestos: a) la apariencia del buen derecho, y b) el peligro en la demora,<sup>32</sup> a lo cual habría que agregar c) la adecuación de la medida, como veremos en su oportunidad.

---

suspensión provisional que contemplan otros ordenamientos jurídicos” (página 30 de la resolución). Asimismo, véanse las críticas del ministro José Ramón Cossío en casos en los que se ha otorgado la suspensión de oficio cuando existe solicitud de la medida cautelar (Cossío: o. cit., p. 377).

<sup>29</sup> Cf. las tesis I/2003 y LI/2005, de la Segunda y Primera Sala, respectivamente, cuyos rubros son “Suspensión en controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultades para decretarla no solo respecto del acto cuya invalidez se demande, sino también respecto de sus efectos y consecuencias” (SJFG, t. XVII, febrero de 2003, p. 762); y “Suspensión en controversia en contra del procedimiento de juicio político. No procede el otorgamiento de ésta, tratándose de la sustanciación de dicho procedimiento, pero sí respecto de sus efectos y consecuencias” (SJFG, t. XXI, junio de 2005, p. 648).

<sup>30</sup> Resulta interesante el planteamiento de José Ramón Cossío, al señalar que la regla general es la dación de la suspensión y la negativa de la medida cautelar debe ser cuando claramente no procede por tratarse de los supuestos a que se refiere el artículo 15 de la LR 105; cf. Cossío: o. cit., p. 354.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, se ha determinado que la legitimación no puede estudiarse en el incidente de suspensión. Cf. la tesis LXXXVI/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. no es materia de análisis la legitimación procesal activa del promovente” (SJFG, t. II, octubre de 1995, p. 165).

<sup>32</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: “Suspensión en controversias constitucionales. Para resolver sobre ella es factible hacer una apreciación anticipada

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

3. La suspensión en controversia constitucional no procede cuando se impugnen *normas de carácter general*, que alcanza también a los artículos transitorios por interpretación del artículo 14, segundo párrafo, de la LR 105.<sup>33</sup> En este supuesto, basta con analizar la naturaleza material de la impugnación para determinar si estamos en presencia de una *norma general*, de tal suerte que constituya una *situación jurídica no cautelable* atendiendo a la naturaleza propia de la impugnación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido precisando lo que debemos entender por normas generales.<sup>34</sup> En general son aquellas que materialmente tengan los atributos de “generalidad, impersonalidad y abstracción”, sin que sea necesario que formalmente emanen de un órgano legislativo. De tal suerte que en cada caso se tendrá que analizar la *naturaleza de la impugnación* con independencia del *nomen iuris* que formalmente reciba, debiendo el juez constitucional, por consiguiente, atender a su *contenido material*.<sup>35</sup>

Así sucede con los reglamentos federales y locales que constituyen normas generales a pesar de que formalmente no provengan de un órgano legislativo,<sup>36</sup> o incluso con ciertos *decretos* que, si bien formalmente se emiten con base en la fracción I del artículo 89 constitucional, materialmente reúnen las características aludidas de los reglamentos, como sucedió en la controversia constitucional 5/2001, respecto del decreto emitido por el ejecutivo federal para establecer los husos horarios en el país, toda vez que dicho decreto no se limitó “a establecer una norma individual sobre una especie particular de la administración pública, como es propio del decreto administrativo”, sino que, refiriéndose a la aplicación de los husos horarios que corresponden

---

de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado (apariencia del buen derecho y peligro en la demora)” (SJFG, t. XX, octubre de 2004, p. 1849).

<sup>33</sup> Cf. la tesis XXXI/2005, de la Segunda Sala, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos” (SJFG, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

<sup>34</sup> Dentro de esta concepción se comprenden los tratados internacionales, las leyes nacionales, federales y locales, las constituciones de las entidades federativas, los reglamentos federales y locales, así como ciertos decretos o acuerdos que tengan los atributos de ser abstractos, generales e impersonales.

<sup>35</sup> Para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado las diferencias entre la ley y el acto administrativo. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley; cf. la tesis jurisprudencial 23/99, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Acción de inconstitucionalidad. Para determinar su procedencia en contra de la ley o decreto, no basta con atender la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino a su contenido material que lo defina como norma de carácter general” (SJFG, t. IX, abril de 1999, p. 256)

<sup>36</sup> Cf. la tesis aislada CXVI/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente tratándose de reglamentos” (SJFG, t. XII, septiembre de 2000, p. 588)

a la República, establece *normas generales* para el inicio y la terminación del “horario de verano”.<sup>37</sup> Lo mismo sucede con determinados acuerdos emitidos por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, que si bien formalmente son actos administrativos en razón del órgano del que emanan, materialmente pueden constituir normas de carácter general.<sup>38</sup>

El ministro instructor (o en su caso la Sala o el Pleno) deben, en todo caso, atender a la naturaleza del acto combatido a la luz de los atributos de la generalidad, abstracción e impersonalidad que poseen las normas generales (que incluyen también los artículos transitorios y sus efectos),<sup>39</sup> características que en ocasiones no son tan claras.<sup>40</sup>

Asimismo, tampoco son susceptibles de suspensión aquellos actos cuyos efectos no lo permiten, como sucede con los actos consumados, toda vez que, como ocurre en el amparo, “equivaldría a darle a la medida cautelar efectos restitutorios que ni siquiera son propios de la sentencia de fondo, ya que por disposición expresa del artículo 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (disposición que se reproduce en el numeral 45, segundo párrafo, de la ley reglamentaria del precepto constitucional citado), la declaración de invalidez de las sentencias no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. Por tanto, si la sentencia de fondo que se dicte en ese juicio constitucional no tiene efectos retroactivos, menos podría tenerlos la resolución que se pronuncie en el incidente cautelar, máxime que el objeto de este es impedir la realización de ciertos actos, lo que lógicamente solo puede evitarse cuando no se han materializado”.<sup>41</sup>

4. La propia ley establece prohibiciones que atienden a los efectos derivados de la suspensión, que debe también tener en consideración el ministro instructor para negar la suspensión. Estas *situaciones jurídicas no cautelables* se encuentran previstas en el artículo 15 de la LR 105, a saber: a) se ponga en peligro la seguridad o economía nacionales; b) se pongan en peligro las instituciones fundamentales del orden jurídico

<sup>37</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 102/2001 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Horario de verano. El decreto presidencial que lo estableció, del treinta de enero de dos mil uno, publicado en el diario oficial de la federación el primero de febrero del mismo año, es un reglamento desde el punto de vista material” (SJFG, t. XIV, septiembre de 2001, p.1023)

<sup>38</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 41/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente decretarla cuando se impugne un acuerdo expedido por el jefe de gobierno del distrito federal, que reúna las características de generalidad, abstracción y obligatoriedad propias de una norma de carácter general” (SJFG, t. XVI, octubre de 2002, p. 997)

<sup>39</sup> Cf. la tesis XXXII/2005 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos” (SJFG, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

<sup>40</sup> Así sucedió en el recurso de reclamación 371/2004, respecto de la controversia constitucional relativa al veto al presupuesto de egresos de la federación. Un análisis detallado de este asunto, así como del análisis de la naturaleza del acto reclamado para otorgar la suspensión, puede consultarse en la obra de Genaro Góngora Pimentel: *El veto al presupuesto de egresos de la Federación*, México: Porrúa, 2005.

<sup>41</sup> Cf. la tesis LXVII/2000 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “Controversias constitucionales. No procede el otorgamiento de la suspensión en contra de actos consumados” (SJFG, t. XII, julio de 2000, p. 573).

mexicano, y c) pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor que los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.

Las prohibiciones ahí establecidas obligan al ministro instructor a negar la suspensión solicitada, con independencia de los “fines loables y de buena fe” que se persiguieran con la suspensión.<sup>42</sup> Al representar conceptos abiertos, se otorga una discrecionalidad interpretativa al juez constitucional, lo que ha dado lugar a que se fueran estableciendo sus connotaciones vía jurisprudencial. Así, en cuanto al primer supuesto, se ha considerado por el tribunal pleno de la Suprema Corte que *economía nacional* “se identifica con la organización de las actividades económicas establecidas por el Estado mexicano conforme a los lineamientos de la Ley Fundamental en beneficio de todos sus gobernados, que es el fin último del Estado”. En este sentido, la prohibición solo operará “en caso de concederse dicha suspensión, se lesionaran *intereses de la sociedad en general* y no en forma particularizada de un determinado número de sus miembros”.<sup>43</sup>

Un sector de la doctrina ha señalado un cierto grado de prelación de los intereses federales en detrimento de los locales, al establecerse esta prohibición para otorgar la suspensión cuando “se ponga en peligro la seguridad o economía nacional”, lo cual no es acorde a la naturaleza que hoy tienen las controversias constitucionales.<sup>44</sup>

En cuanto al segundo supuesto, por *instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano* se entienden aquellas que derivan de los principios básicos de la Constitución federal, que tienen objeto construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones constitucionales; de tal suerte que otorgan estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, al regir su vida política, social y económica. Así se han considerado, en forma enunciativa, los principios del régimen federal, de división de poderes, del sistema representativo y democrático de gobierno, de separación Iglesia-Estado, de las garantías individuales, del sistema de justicia constitucional, del dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, así como el de rectoría económica del Estado.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Cf. la tesis LXXXVII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se actualice uno de los supuestos previstos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la constitución federal, aunque se alegue violación a la soberanía de un estado” (SJFG, t. II, octubre de 1995, p. 164).

<sup>43</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 45/99 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. Concepto de “economía nacional” para efectos de su otorgamiento (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 constitucional)” (SJFG, t. IX, junio de 1999, p. 660). El ministro José Ramón Cossío, en su obra *La controversia constitucional* (o. cit., pp. 354-360), advierte de las distintas connotaciones que el Poder Judicial ha dado a la expresión *seguridad nacional* y precisa problemáticas que hay que considerar derivadas de su ámbito material, espacial y temporal.

<sup>44</sup> Cf. Elisur Arteaga Nava: *Derecho constitucional*, México: Oxford, 1999, p. 840 ss.; Ydalia Pérez Fernández Ceja: *La suspensión en controversia constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Porrúa-UNAM, 2006, pp. 69-71.

<sup>45</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 21/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en los juicios regidos por la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. “Instituciones fundamentales del orden jurídico superior mexicano” para efectos de su otorgamiento” (SJFG, t. XV, abril de 2002, p. 950). Asimismo, véase la tesis XIV de la Primera Sala, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales,

Por lo que hace al tercer supuesto de prohibición de la medida cautelar, el juez constitucional deberá ponderar en cada caso particular si la afectación grave de la sociedad es de tal importancia que resulte “en una proporción mayor a los beneficios” que con la suspensión pudiera obtener el solicitante de la medida. Así, por ejemplo, el Pleno ha considerado que estamos en este supuesto cuando, de concederse la suspensión, se afecte la facultad del ministerio público federal prevista en los artículos 21 y 102 constitucionales, relativa a la persecución de los delitos y la vigilancia para que los procesos penales se sigan con regularidad; de tal suerte que en este supuesto de prohibición se encuentran cuando la suspensión se pide contra actos como la continuación y el trámite de las averiguaciones previas, ya que “lesionaría la seguridad social de perseguir los delitos, afectando el interés público de la colectividad que le ha encomendado de manera exclusiva esa función impersonal de investigar y comprobar la verdad de las conductas delictivas, lo que afecta gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante”.<sup>46</sup>

Con base en estas definiciones conceptuales del contenido del artículo 15 de la LR 105, de manera casuística se han venido resolviendo las medidas cautelares, debiendo considerarse en su conjunto las prohibiciones aludidas.

Así, por ejemplo, lo ha realizado la Segunda Sala, al estimar que *la suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento en las carreteras* no puede considerarse dentro de las prohibiciones del citado precepto “ya que las carreteras no pueden ser consideradas como un principio básico de la estructura política del país o de protección y efectividad de las disposiciones constitucionales que dé estabilidad y permanencia a la nación mexicana, ni la concesión de la medida cautelar suspensiva implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante, pues mientras que con la suspensión de la obra referida se deja de beneficiar a los usuarios del tramo carretero relativo y se preserva la materia de la controversia, con la negativa a otorgarla se presenta el riesgo de que cesen los efectos del acto cuya invalidez se demanda y, por tanto, que queden fuera de control actuaciones autoritarias contrarias al orden constitucional”.<sup>47</sup>

---

concepto de instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano para los efectos del incidente de (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia)” (*SJFG*, t. XII, octubre de 2000, p. 1091). Sobre lo que debe entenderse por “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano”, véanse las advertencias formuladas por Cossío Díaz en su obra *La controversia constitucional*, o. cit., pp. 364- 370.

<sup>46</sup> Cf. la tesis LXXXVIII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se afecta la facultad del ministerio público federal de perseguir los delitos y vigilar que los procesos penales se sigan con toda regularidad, porque se afectaría gravemente a la sociedad” (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 164). Asimismo, véanse los casos en que se ha pronunciado el Pleno y la Comisión de Receso referidos por Cossío Díaz, así como la propuesta metodológica que plantea, en su obra *La controversia constitucional*, o. cit., pp. 370- 375.

<sup>47</sup> Cf. la tesis II/2003 de la Segunda Sala, cuyo rubro es “Suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento de un tramo carretero. Su otorgamiento no pone en peligro a las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, ni implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante” (*SJFG*, tomo XVII, febrero de 2003, p. 737).

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

## 6. Presupuestos materiales

### 6.1. Apariencia del buen derecho

La apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) fue reconocida por los tribunales federales en materia de amparo hasta la última década del siglo pasado, al realizarse una nueva interpretación del artículo 107.X constitucional. El parteaguas de esta mutación constitucional lo constituye el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resuelto el 21 de octubre de 1993, por mayoría de votos, cuyo ponente fue el entonces magistrado Genaro David Góngora Pimentel.<sup>48</sup>

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

En la actual novena época, se resolvieron en 1996 las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95,<sup>49</sup> acogiendo la esencia de aquella pionera resolución de 1993, cuyo ponente ya integraba la Suprema Corte como ministro. En las ejecutorias, hoy precedentes obligatorios, se concluye que:

- a. La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.
- b. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.

<sup>48</sup> Recurso de revisión RA- 2233/93, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo número 237/93, promovido por Juan Manuel Íñiguez Rueda. La tesis aislada que se originó de este asunto, lleva por rubro el siguiente: "Suspensión de los actos. Procede concederla, si el juzgador de amparo sin dejar de observar los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, considera que los actos son aparentemente inconstitucionales" (SJE t. XIII, marzo de 1994, p. 473).

<sup>49</sup> Cf. las tesis jurisprudenciales 15 y 16/96, del Tribunal Pleno, cuyos rubros son: "Suspensión. Para resolver sobre ella es factible, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado"; y "Suspensión. Procedencia en los casos de clausura ejecutada por tiempo indefinido" (SJFG, t. III, abril de 1996, pp.16 y 36, respectivamente).

- 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.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 solo puede determinarse en la sentencia de amparo, con base en 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 solo 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 que 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 está 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.

El principio *fumus boni iuris*, adoptado por la jurisprudencia en materia de amparo, también fue reconocido en época reciente por la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional.<sup>50</sup>

Se parte también de la idea fundamental de que “la suspensión es una especie del género de las medidas cautelares”,<sup>51</sup> por lo que, si bien sus características se perfilan de manera singular y concreta, le son aplicables las reglas generales de tales medidas en lo que no se oponga a su específica naturaleza. De esta manera se acepta que “son dos los extremos que deben actualizarse para obtener la medida cautelar, a saber: 1) la apariencia del buen derecho, y 2) el peligro en la demora”.<sup>52</sup>

En cuanto al primer presupuesto, la “apariencia” es, como lo predica el adagio latino, solo un “humo” de buen derecho, que como todo “humo” en ocasiones aparece nebuloso y puede incluso desaparecer cuando en el proceso principal se llega al convencimiento pleno de su ausencia en la sentencia definitiva. De ahí que en realidad nunca puede la medida cautelar constituir, en rigor, un adelanto de la sentencia

<sup>50</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004, op. cit supra nota 32.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

constitucional, toda vez que no puede saberse con plena certeza el resultado del análisis de inconstitucionalidad, al poder desaparecer lo que aparentemente reflejaba ese “humo” de certeza del derecho. A lo sumo puede haber “una apreciación *de carácter provisional*” a la luz de una cognición sumaria del incidente respectivo, con la finalidad de asegurar la eficacia del proceso o evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad), sin que en ningún caso la decisión cautelar tenga como finalidad satisfacer la pretensión de la causa principal.

En otras palabras, si bien la medida cautelar puede coincidir (en todo o en parte) con la sentencia constitucional definitiva, al implicar la primera un análisis superficial de la inconstitucionalidad del acto impugnado (y de sus efectos y consecuencias), *siempre se realiza de manera provisional* para conservar el objeto del proceso o evitar daños irreversibles; en cambio, en la sentencia constitucional se resuelve de manera definitiva sobre la pretensión o pretensiones sostenidas a lo largo del proceso principal, teniendo en consideración lo probado y alegado por las partes, y que al resolverse sobre la litis en la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, elemento fundamental del que carece la decisión cautelar.<sup>53</sup>

De tal suerte que este *fumus boni iuris* “apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos impugnados, implica que para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el solicitante de modo tal que, según un *cálculo de probabilidades*, sea posible anticipar que en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado”.<sup>54</sup>

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

<sup>53</sup> Véase lo advertido en la nota 17, respecto al debate en la doctrina sobre el tema de la cosa juzgada en las medidas cautelares.

<sup>54</sup> Recursos de reclamación 219 y 221/2004, resueltos por el Tribunal Pleno, que en esencia siguen los lineamientos acogidos por el pleno para la suspensión en materia de amparo, al resolver las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95.

## 6.2. Peligro en la demora

En cuanto el segundo elemento que jurisprudencialmente se ha establecido como presupuesto para las controversias constitucionales, también fue recogido de la doctrina general cautelar. El *periculum in mora*, como lo afirma Calamandrei en su clásico estudio, “constituye la base de las medidas cautelares” por cuanto no es “el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro del ulterior *daño marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva*”.<sup>55</sup>

Aquí cobran importancia los dos tipos de peligro en la demora que advertía el profesor florentino. Uno relativo al *peligro de infructuosidad* y otro relativo al *peligro en la tardanza de la providencia principal*. En el primero la medida cautelar no trata de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguirlo; mientras que en el segundo la providencia cautelar busca acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, de tal suerte que en este último caso la providencia provisoria se relaciona con la relación sustancial controvertida (por ejemplo, derecho a alimentos en materia familiar).<sup>56</sup>

En realidad esta división en el peligro en la demora constituye dos caras de la misma moneda, es decir, de la *eficacia del proceso*. Ambas representan instrumentos que garantizan la finalidad misma de la función jurisdiccional, con independencia de que en algunas ocasiones la medida cautelar coincida con las pretensiones del actor y en otras no sea así. No hay que perder de vista que en todo caso las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y su finalidad no puede sustituir la sentencia definitiva, como hemos precisado con antelación, aunque en ocasiones sea necesario que coincida en parte o en todo con esta, de tal suerte que se anticipe de manera provisoria el resultado de la litis.<sup>57</sup>

Esta concepción, que ha sido el fundamento de toda medida cautelar, la ha aceptado la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional, al considerar que el peligro en la demora “consiste en la posible frustración de los derechos del

<sup>55</sup> Calamandrei: o. cit., p. 42.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

<sup>57</sup> En este sentido coincidimos con la postura de Juan José Monroy Palacios, que advierte complementarias los dos supuestos en la mora de Calamandrei, es decir, las medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal. Este autor llama *medidas cautelares no coincidentes* a aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda; y *medidas cautelares coincidentes* a las que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda; cf. su obra *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima: Comunidad, 2002, p. 183.

promoviente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo”.<sup>58</sup>

Como puede apreciarse, la Suprema Corte incorpora los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora para la suspensión en controversias constitucionales, utilizando consideraciones similares a las que en 1996 había establecido para la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo (que a su vez tomó del histórico fallo de 1993 de un tribunal colegiado de circuito, utilizando la dogmática procesal de la teoría cautelar).<sup>59</sup>

### 6.3. Adecuación de la medida

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

Si la propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que la finalidad de la suspensión en este proceso constitucional consiste en conservar la materia del objeto del litigio y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, resulta lógico que la medida que se adopte sea eficaz para cumplir con esa funcionalidad, de donde deriva la necesaria *adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable*.<sup>60</sup>

Se ha señalado que atendiendo a la urgencia y de la apariencia del buen derecho puede el ministro instructor otorgar medidas cautelares que no solo impliquen una suspensión propiamente del acto impugnado, esto es, manteniendo las cosas en el estado en que se encuentran, sino que en casos excepcionales puede implicar la providencia cautelar un adelanto de la pretensión de fondo de manera provisional, lo cual resulta lógico debido al sistema que adopta el segundo párrafo del artículo 45 de la LR 105: “La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia”;<sup>61</sup> de donde deriva que la medida cautelar que se adopte sea realmente adecuada con el objeto mismo del proceso.

<sup>58</sup> Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004, o. cit.

<sup>59</sup> La propia Suprema Corte, en los recursos de reclamación 219, 221 y 229/2004, lo reconoce de manera expresa. Se precisa que si bien provienen de razonamientos esgrimidos en juicios de amparo, son aplicables a la especie por tratarse también de la suspensión proveniente de un medio jurisdiccional de control de constitucionalidad que, si bien no es idéntica ni mucho menos a la que se otorga en los juicios de garantías, guarda considerables semejanzas con ella.”

<sup>60</sup> Por situación jurídica cautelable se entiende, siguiendo a Díez-Picazo Jiménez, “aquella situación jurídica para cuyo aseguramiento o efectividad se pide la medida cautelar, es decir, la acción afirmada que constituye el objeto del proceso principal”; Ignacio Díez-Picazo Jiménez (con Andrés de la Oliva y Jaime Vegas Torres): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 389; véase de este mismo autor, “Medidas cautelares”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas, vol. III, pp. 4228-4229.

<sup>61</sup> De manera extraordinaria, la Suprema Corte ha aceptado los efectos retroactivos en cualquier materia, para los efectos de que sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las

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

De ahí que sea necesario mantener la igualdad de las partes en lo que sea posible y evitar perjuicios innecesarios. En este sentido, la adecuación a la situación jurídica cautelable corresponde a la necesidad de que se otorguen medidas cautelares *congruentes* con el objeto que con la providencia cautelar se pretende garantizar, de tal suerte que se eviten desequilibrios innecesarios y a la vez se garantice la eficacia del proceso.<sup>62</sup>

Los anteriores presupuestos materiales que operan para la concesión de la medida cautelar en controversias constitucionales no deben confundirse con el *contenido de la resolución cautelar*, cuyos elementos se especifican en la segunda parte del artículo 18 de la LR 105. De conformidad con ese precepto, en el auto de concesión de la suspensión deberá señalar con precisión: a) los alcances y efectos de la suspensión; b) los órganos obligados a cumplirla; c) los actos suspendidos; d) el territorio respecto del cual opere, y e) el día en que deba surtir sus efectos.

Estos elementos deben siempre precisarse en el auto de suspensión. Cuestión distinta representan “los requisitos para que sea efectiva” a que alude la última parte del mismo precepto, que, en su caso, deben señalarse atendiendo “las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional”, como lo prevé la primera parte del señalado precepto. Estas *condiciones de efectividad* de la medida cautelar adoptada constituyen “una garantía desde el punto de vista legal, por lo que podrá ofrecerse en cualquiera de las formas previstas en la ley (fianza, hipoteca, prenda o depósito)”.<sup>63</sup>

La garantía de ninguna manera debe verse como un requisito de procedencia de la medida cautelar donde operan otros presupuestos. La garantía constituye un elemento contingente que puede darse o no, según la característica especial del asunto, de tal suerte que la garantía está *dirigida a reparar los posibles daños y perjuicios* que pudieran

---

cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla. Cf. la tesis 71/2006 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Controversia constitucional. la sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda” (SJFG, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377).

<sup>62</sup> Cf. Monroy Palacios: *Bases para la formación de una teoría cautelar*, o. cit., pp. 186-199.

<sup>63</sup> Pedro Nava Malagón: “El incidente de suspensión en controversia constitucional”, en Eduardo (coord.) Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México: Porrúa, 2006, t. II, pp. 1075-1093.

ocasionarse con el otorgamiento de la medida cautelar, siendo una carga para el actor y no para la parte demandada.<sup>64</sup>

En todo caso, esta garantía como condición de efectividad de la suspensión, *debe ser excepcional* si se considera que las partes actora y demandada en este tipo de proceso constitucional son poderes y órganos del Estado;<sup>65</sup> si bien para un sector de la doctrina precisamente por esta circunstancia no debe nunca operar, ya que “las entidades son solventes en sí; fianzas y contrafianzas para garantizar cumplimientos o respetos les son ajenas”.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Cf. la tesis 14/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es “Suspensión en controversia constitucional. en el auto en que se concede debe precisarse, entre otros requisitos, el otorgamiento de una garantía cuando ésta sea necesaria para que surta efectos” (S/JFG, t. XIX, marzo de 2004, p. 1354).

<sup>65</sup> En pocos casos se ha pedido garantía como condición de efectividad de la suspensión. Así ha sucedido, por ejemplo, en la controversia constitucional 23/2003, donde se solicitó exhibir garantía de billete de depósito expedido por Nacional Financiera, S. N. C. En el recurso de reclamación 105/2003 derivado de esta controversia, resulta interesante que se consideró que la garantía para reparar posibles daños y perjuicios no es para la partes, sino para reparar los daños causados a la carretera.

<sup>66</sup> Cf. Castro y Castro: o. cit., p. 210.