



# UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

## LA SUSPENSIÓN CON EFECTOS ANTICIPATORIOS EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

Gumesindo García Morelos\*

86

AÑO 3. NÚMERO 5. NOVIEMBRE 2015-ABRIL 2016  
ISSN 2007 - 9125  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS /  
UNIVERSIDAD VERACRUZANA  
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO  
©Todos los derechos reservados

\* Profesor e Investigador (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo); Miembro del Sistema Nacional de Investigadores(CONACYT); Profesor PRODEP; Coordinador General de la Clínica de Litigio Estratégico de Derechos Humanos (UMSNH); profesor de la materia Litigio estratégico (UMSNH).

Recibido: 24/05/16    Aceptado: 30/05/16



*SUMARIO: 1. Introducción; 2. El control judicial de los actos del Estado; 3. Providencias cautelares y figuras afines; 4. Las providencias cautelares en los procesos de tutela de los derechos fundamentales; 5. La suspensión del acto reclamado como providencia cautelar; 6. La anticipación de la tutela en el proceso de amparo; 7. Conclusiones; 8. Fuentes de consulta.*

## INTRODUCCIÓN

El tema que hemos escogido es consecuencia de algunos factores, uno los planeamientos que hicieron, el valeroso juez constitucional don Ricardo Couto (1957), como el gran procesalista Héctor Fix Zamudio (1964), hace ya algunas décadas respecto a la función restitutoria de la

suspensión en el proceso de amparo; las otras, la inquietud doctrinal y, la experiencia como Coordinador General de la Clínica de Litigio Estratégico de Derechos Humanos<sup>1</sup>, donde frecuentemente la autoridad administrativa avasalla los derechos fundamentales de los ciudadanos, agravando en muchos casos su ya preocupante situación. Constantemente recurrimos a las instituciones procesales que nos brinden la oportunidad de otorgar respuestas inmediatas que puedan propiciar una verdadera justicia de acompañamiento, desde un primer momento que exija protección constitucional, y que se tenga una garantía jurisdiccional de inmediato<sup>2</sup>. El litigio estratégico de derechos

<sup>1</sup> Programa de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo).

<sup>2</sup> Como lo establece el segundo párrafo del artículo 112 de la Ley de amparo.



fundamentales ha sido un laboratorio para poner en práctica la anticipación de la tutela, que vale decirlo, había sido motivo de discusión de nuestra doctrina nacional desde el siglo XIX: Fernando Vega e Ignacio L., Vallarta; en los comienzos del siglo XX, destacan dos figuras jurídicas: Silvestre Moreno Cora y Ricardo Couto; todos ellos dejaron esbozada la problemática de la suspensión con efectos restitutorios en la garantía de amparo. Era pues, ya el comienzo por ensanchar las bondades de uno de los instrumentos procesales más grandes de la humanidad, ya que la práctica judicial ponía a prueba constantemente la eficacia de la institución. Muchas veces la legislación procesal se aferra a las formas, sin importar los resultados, por ello el Derecho procesal, incluyendo al Derecho procesal constitucional, han reformulado

principios e instituciones, porque nada es para siempre.

En otros cuadrantes del procesalismo científico, desde el Derecho procesal civil, Calamandrei, expuso sistemáticamente las providencias cautelares, a las cuales les notó en una de sus modalidades los efectos innovadores para modificar las situaciones de hecho. El comienzo de la centuria que se fue ya nos había llamado la atención en este sentido, pero la resistencia de la realidad hizo esperar la aparición definitiva. El procesalismo Latinoamericano empezó a construir ideas gravitantes en torno a la anticipación de la tutela, entre los que destacan Brasil y Argentina, aunque este paso importante se dio desde el campo del proceso civil. Más tarde las orientaciones forjadas desde este ángulo hicieron mirar hacia los procesos constitucionales de



protección de los derechos fundamentales.

El proceso de amparo mexicano reclamaba una nueva imagen que se ajustara a las modernas concepciones procesales, puntualizando, no a las modas, sino a una urgente necesidad de lo bien hecho; el fundamento internacional de las garantías constitucionales pronto dio pautas respecto a los elementos esenciales de la tutela constitucional judicial, muestra de ello es el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que traza la existencia de recursos judiciales que amparen rápido y eficazmente a las personas; la eficacia procesal se mide por la prontitud de la protección jurisdiccional ante los tribunales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en una contradicción de tesis 15/1996 viene ratificar lo que se podía hacer constitucional y legalmente,

respecto a las providencias cautelares con efectos restitutorios o “amparo provisional”; dejó de manifiesto la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan realizar una apreciación provisional de la inconstitucionalidad de los actos reclamados.

Por lo anterior hemos considerado oportuno plantear el tema respecto a las providencias cautelares en los procesos de tutela de las libertades fundamentales en el derecho comparado, principalmente de América Latina, así como, la configuración legal en Alemania y España; también, exponemos estas reflexiones desde la noción tradicional de las medidas instrumentales así como desde las transformaciones doctrinales; todo ello desde el sistema cautelar del proceso de amparo mexicano consolidado, en principio por la jurisprudencia y posteriormente



a través de la Ley de amparo de abril de 2013, en su artículo 147. Hago votos para un mejor horizonte de los reclamos ante la jurisdicción constitucional sean de calidad y las víctimas no sigan resintiendo los daños mientras esperan la llegada de la sentencia de fondo.

La reforma constitucional de 6 de junio de 2011, que actualiza los artículos 103 y 107 de la carta fundamental a las exigencias de los impactos del Derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales; se concreta con la expedición de la nueva Ley de amparo de abril de 2013. Por primera vez se incluye de manera expresa la suspensión con efectos restitutorios en el artículo 147, párrafo segundo. Esta disposición es una regla procesal general para los dos tipos de providencias cautelares, tanto para la suspensión de oficio (artículo 126 LA),

como para la suspensión incidental (artículo 128 LA).

## **EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DEL ESTADO**

Los diseños del Estado Constitucional partieron del principio político de División de poderes, que el poder se encuentre repartido, a su vez, equilibrado, pero sometido al Derecho; ello parecería una medida simple para erradicar las causas que propiciaron los abusos de poder, por ello, los pensadores políticos se orientaron hacia ideas rectoras que pusieran un auténtico freno a las aberrantes interferencias estatales en la vida de los gobernados: que el poder controle al poder. Cabe señalar que otra coordenada importante en este sentido la constituyen, las declaraciones de derechos fundamentales que agregaron la idea



de fijar otros límites a las actuaciones gubernamentales para evitar el avasallamiento de la dignidad humana: confiscación de bienes, impuestos excesivos, procesos judiciales irregulares, tortura, inexistencia de los derechos políticos, entre otros.

La noción de poder no dejó de ser un tema recurrente entre los doctrinarios, ya que éste, es un fenómeno general y común a todos los ámbitos de la sociedad, por lo que el “poder político” es sólo del Estado, y como tal es un punto móvil universal que es necesario delimitarlo de manera permanente a través de las diversas instituciones jurídicas pero, el fundamento que ocupa nuestro estudio es desde la óptica jurisdiccional, de la versátil función encomendada a los jueces, ya que nuestro tiempo nos demuestra el

grado de confianza que la sociedad va depositando en ellos ante las constantes conductas desorbitadas de aquéllos.

Es pues, importante referir el papel de los tribunales como órganos constitucionales de control de los actos de los poderes públicos. El poder que asumieron los jueces a través de la evolución constitucional, mejor dicho, de su aplicación ante los problemas que se suscitaban ante los desvíos de los otros departamentos de gobierno, fue consolidando un rol importante en el esquema tradicional de la teoría constitucional, ejemplo de ello fue la actitud asumida en el célebre litigio constitucional *Marbury vs. Madison* (1803), donde se asentaron las bases del moderno principio de la judicial review, para revisar la actuación de los actos de gobierno a la luz de la ley fundamental, mediante la técnica



procesal. Era importante delimitar a los órganos públicos y fijar un concepto de constitución como norma suprema mediante las decisiones de los tribunales, es decir, no es posible concebir aquélla sin el control judicial, ya que las providencias jurisdiccionales son una adecuada garantía contra la inconstitucionalidad de las leyes. El poder para declarar la validez de las acciones del Estado es una parte necesaria del poder de revisión si la constitución es mantenida como norma suprema.

A partir de la práctica del control judicial la noción de Constitución cobró otro sentido, de una norma viva, de aplicación directa en las controversias planteadas por las partes en los procesos judiciales. Un aspecto a destacar lo constituye el crecimiento acelerado del departamento administrativo, quien

es el encargado de aplicar las leyes emanadas del departamento legislativo, con la finalidad de realizar las encomiendas propias del órgano ejecutivo, los actos de gobierno. Además, cabe señalar que éste es la rama de gobierno que más demandas judiciales recibe, de ahí pues, que existan en la actualidad mayores poderes de los jueces para tutelar a los gobernados frente a los poderes públicos. Las magistraturas constitucional y administrativa, son un referente esencial en este tópico, ya que son añejas, principalmente la primera de ellas que podemos sostener data desde el siglo XIII, a través de la sustanciación de los procesos de hábeas corpus, aun cuando no existía propiamente un sistema de tutela constitucional, pero eran los albores de dicha garantía que incluso sometía judicialmente a los monarcas. Las situaciones de



excepción conllevan por naturaleza a cometer severas violaciones a los derechos fundamentales en nombre de la seguridad nacional, cuestiones que aparentemente corresponden a las denominadas cuestiones políticas, pero desde temprano, las cortes asumieron como suya la extensión de su competencia para fiscalizar actos de gobierno que agravarán la medida extraordinaria. Hoy en día, un ejemplo de ello es la lucha contra el terrorismo y en otras latitudes geográficas, la lucha contra la delincuencia organizada, que de igual manera se irrumpe en las esferas de las libertades fundamentales de manera irracional: detenciones arbitrarias, torturas, cateos sin orden judicial, desapariciones forzadas, improcedencia de acciones constitucionales.

La expansión de los poderes de los jueces, el principio de judicialización, no es un “conflicto con los valores democráticos”, ya que al controlar a órganos constitucionales electos por los soberanos, no es un menoscabo a esa decisión, al contrario “una democracia con un poder judicial fuerte es incuestionablemente una democracia más fuerte, esto es una política donde los derechos de los ciudadanos son mejor tutelados”. En la actualidad, es indiscutible el ejemplo primario de la judicatura norteamericana en el intervencionismo judicial; en las recientes décadas los jueces europeos han asumido un papel fundamental en las decisiones de numerosas controversias políticas. Ante ello, cabe agregar las experiencias que van escribiendo las magistraturas constitucionales repotencializadas en América Latina, que producto de las



restauraciones democráticas o bien, de la superación de crisis gubernamentales, han forjado una imagen distinta de la función jurisdiccional, someter al sometedor; afortunadamente las Cortes Constitucionales o las Cortes Supremas como cabezas de poder determinan pautas político-constitucionales que se convierten en verdaderas leyes fundamentales jurisprudenciales. Seguramente en estas latitudes no debe sorprendernos los neologismos empleados, ya que el Derecho constitucional, como un ángulo de este problema, que no el único, a partir de la Segunda Guerra Mundial proyectó un incesantemente neoconstitucionalismo, que conlleva a replantear la teoría constitucional, los conceptos y claro, el significado actual de los órganos constitucionales, dentro de los que destaca el rol de los tribunales.

Los procesos jurisdiccionales son el mecanismo legal para concretizar lo anteriormente expuesto, donde se han construido nuevos perfiles, derrumbando los constitucionalismo ortodoxos, donde se establece un limitado papel a la función de la judicatura; recordemos que el derecho francés del siglo XVIII, vigente en la actualidad: “Las Cortes no podrán intervenir en el ejercicio del poder legislativo o suspender la aplicación de las leyes” ; situación que se encuentra más que superada, pareciera que el amor por el pasado es un romance interminable. Nada justifica dicha situación, incluso la denominada Europa del Este se ha sumado a los cambios vertiginosos de los nuevos modelos constitucionales, principalmente en lo correspondiente a las declaraciones de derechos y libertades fundamentales, y por supuesto, a las magistraturas



constitucionales y las técnicas procesales.

El acceso de los ciudadanos a las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa son las llaves jurídicas para defenderse del poder, para resguardar sus libertades. Existen variantes entre los sistemas de control judicial, todo depende del país, del momento, de la ideología de los jueces y del contagio por el activismo judicial. La eficacia de los derechos vale en la medida de la eficacia de sus garantías, de las técnicas judiciales.

### **PROVIDENCIAS CAUTELARES Y FIGURAS AFÍNES**

Los procesos jurisdiccionales tienden a asegurar la eficacia de los derechos reclamados, los cuales pueden sufrir serios daños por el transcurso del tiempo, en algunos supuestos de

manera irreversible, lo que se convierte en un verdadero desaliento para los consumidores del servicio de la administración de justicia, cuyo sentir general es que se brinde de manera pronta y expedita. A lo cual, es necesario contar con providencias jurisdiccionales que lleguen durante el tiempo de espera de la resolución final de fondo, como son las providencias cautelares, que tienen como finalidad asegurar los derechos de los demandantes de manera provisional mientras se desarrolla el curso del proceso, que en la realidad, muchas veces se anclan en las dilaciones indebidas, retardando la satisfacción propia de las resoluciones que ponen fin al litigio, de la que emana, en teoría, una plena restitución de los bienes litigiosos, en este caso, orientados a la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales.



Es pues, alentador que los modernos principios procesales, la nueva edad de las garantías constitucionales, redoblen sus respuestas eficaces a las complejas y justificadas exigencias de tutela constitucional. Si bien es cierto, el Derecho procesal civil se ha encargado de establecer bases generales de las providencias cautelares, ha sido necesario reorientarlas al campo teórico del Derecho procesal constitucional porque las variantes postuladas en esta rama son singulares, pero son innegables sus valiosas aportaciones, particularmente por parte del procesalista italiano Piero Calamandrei (1997), quien trazó los principios teóricos que han orientado el quehacer de los jueces constitucionales que tienen a su cargo la responsabilidad de brindar tutelas cautelares; destacando que

“[...]la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho[...]

y de

“aquí, por tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito [...], que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada; el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal” (Calamandrei, 1997: 72).

Esta providencia como puede apreciarse tiene notas distintivas: la instrumentalidad y la provisoriedad;



la primera se refiere a que no se trata de un trámite procesal autónomo sino que sirve a un proceso principal, del cual depende su existencia, ya que al momento de fenecer éste, las providencias se extinguen; busca su definitividad con la confirmación de la sentencia. La segunda nota, corresponde a la temporalidad de su vigencia, es decir, que la cautela será por tiempo determinado, mientras dure el proceso, por lo que no constituye efectos de cosa juzgada. Además, estas resoluciones se encuentran revestidas de carácter ejecutiva cuando la naturaleza del caso lo amerite, tratándose de tutela de los derechos y libertades fundamentales, pueden también producir efectos declarativos y constitutivos; la cognición de ellas debe ser sumaria, no requiere de prueba plena, basta una aproximación de certeza, verosimilitud, lo que se debe de tomar

a partir del *fumus boni iuris*, que debe orientar la decisión del tribunal, no obligar al peticionante a una carga onerosa de probar, bastará una cognición sumaria, de lo contrario se desvirtuaría la función preventiva (Calamandrei, 1997)

Una condición para el desdoblamiento de este procedimiento es “la existencia del temor de un daño jurídico, esto es, de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho. Las condiciones de la providencia cautelar podrían, pues, considerarse esta dos: 1ª, la existencia de un derecho; 2ª, el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho” (Calamandrei, 1997: 77). Otro de los puntos de su razón de ser es la celeridad con que se puede obviar el peligro en vía de urgencia,



adelantando la providencia definitiva, aun con los riesgos que ello implica, que son sumamente necesarios para una mejor administración de justicia.

Dentro de la clasificación de las providencias cautelares que propone el multicitado procesalista italiano se encuentran dos que nos sirven como cartabón en nuestras reflexiones: las providencias conservativas y las providencias innovativas; las primeras, se refieren a mantener las cosas en determinado estado del proceso y de esta manera garantizar la efectividad del fallo, en el caso de las providencias cautelares en los procesos constitucionales, la pretensión será la paralización temporal de los actos de autoridad que aún no se consuman, es decir, que se encuentran en vías de realización, por lo que se busca la suspensión de aquella.

Las providencias innovativas nos ofrecen un fresco resultado para poder modificar el estado de hecho, incluso para que se adelanten los posibles efectos de la sentencia, lo cual robustece el principio de eficacia del proceso. La forma de aseguramiento de los bienes constitucionales atiende a la naturaleza de los actos presuntamente violatorios de la autoridad.

Hoy en día la doctrina procesal ha discutido la existencia de nuevas figuras procesales afines, como la anticipación de la tutela, que en verdad se trata de una providencia cautelar innovativa, un despacho interino; consideramos, a diferencia del destacado procesalista argentino *Peyrano* (2003: 27-30), que no se trata de una novedad, aun cuando apunta que *Calamandrei* lo refirió de manera superficial y mucho más acotado



respecto de las fronteras alcanzadas en la actualidad, de lo que disentimos profundamente (Calamandrei, 1997:58 y ss.), ya que incluso ya se hablaba de ello en el siglo XIX en México, respecto al providencia cautelar del proceso de amparo, donde ya se discutía la existencia de los adelantos procesales de la sentencia constitucional (Vega, 1987: 65 y ss), así como las aportaciones que hiciera don Ricardo Couto (1957) a principios del siglo XX, que proponía un amparo provisional, que en verdad se trataba de una providencia cautelar innovativa, la cual construyó desde la pureza práctica del proceso de amparo mexicano, sin recurrir incluso a las doctrinas de Calamandrei. En lo que sí compartimos con el citado autor sudamericano es que tiene un carácter excepcional, que busca retrotraer las cosas o bien, modificar una situación de hecho; en el sentido de encontrar un

instrumento de tutela anticipada en la providencia cautelar se pronuncia tajantemente el profesor platense Augusto Mario Morello (1996: 3 y ss.), quien además expone que “en determinados supuestos se dicte condena anticipatorio (provisional) sin aguardar la sentencia de mérito, haciéndose cargo de la urgencia comprobada de una respuesta también satisfactoria. Que no recaer al final del proceso, sino en ese momento puntual que en el *iter* de la secuela litigiosa debe ser correspondido porque las circunstancias acreditadas—sin mengua de la defensa en el juicio—autoriza a que se proceda de ese modo. Se trata de providencias que no recaen sobre el ‘rito’, sino sobre la situación sustancial; una verdadera providencia jurisdiccional sobre el mérito o a ella equiparable”; las posturas ortodoxas han cedido terreno en la manera de ver los adelantos de la



tutela constitucional, bien se dice que lo nuevo es lo viejo olvidado, obvio todavía existen sectores que se arraigan en las ideas limitantes de la función cautelar, de los cuales nos encargaremos en el apartado VI; no hay porqué disminuir la potencia de las respuestas en sede jurisdiccional, también es necesario subrayar que no se busca solucionar toda problemática desde este rubro porque terminaría colapsada la providencia cautelar, debe ser, una institución extraordinaria.

Una de las instituciones agregadas a la modalidad cautelar son las denominadas medidas autosatisfactivas, tesis que sostiene Peyrano desde una justificación que es necesario crear instrumentos jurídicos fuera de los moldes tradicionales, la cual conceptualiza como

“un requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una medida autónoma. Cuenta a la fecha con nutrida doctrina que respalda su ideario y también con el aval de varias resoluciones judiciales –que invocando ora el poder cautelar, genérico, ora atribuciones judiciales implícitas que permitirían la interpretación extensiva de hipótesis legales que sin decirlo están consagrando medidas autosatisfactivas– han proclamado su adhesión a la referida figura” (2011: 13-14).

Permítasenos plantear un caso práctico para reforzar nuestro disenso, sucede que la mamá de una menor acude con ella a un centro hospitalario para que ésta reciba una vacuna de un



programa público que tiene como finalidad prevenir enfermedades propias de la infancia, pero personal del nosocomio le comentan que no tienen vacunas que vuelva otro día, lo cual hace y otra vez sin obtener la satisfacción de los derechos fundamentales de la niña; ¿se produce un riesgo que puede ser irreversible en la salud de la niña? Indudablemente que sí, por lo tanto la omisión administrativa de la sanidad pública incurre en la lesión de la dignidad humana de la titular del derecho a la salud; entonces, se actualiza hipótesis de procedencia ante un tribunal de amparo, lo que significa que la tutela judicial es urgente, cubriéndose de inmediato los extraños formales: la apariencia del buen derecho y el peligro por mora en el tiempo; bastará que se exhiba la cartilla de vacunación (carné) de la menor para que el órgano de control constitucional le otorgue

una providencia cautelar, ya que lo que busca es garantizar plenamente el derecho que se le ha lesionado, y medida provisional, preventiva, deberá ser en el sentido de ordenar se le suministre la vacuna de inmediato, incluso el tribunal podrá utilizar la vía de ejecución forzosa, se pone en riesgo la vida, por ello, la satisfacción será plena emanada de una resolución de ese tipo; la tutela anticipada cumple su cometido adelantando los efectos protectores, la pretensión ha quedado satisfecha completamente, aquí no importa ponderar si es reversible en caso de que se niegue la sentencia constitucional, el proceso complementará las razones jurídicas respecto a los conceptos de violación de la demanda; podrá pensarse que se queda sin materia la litis, pero lo importante no es el garantismo formal, sino la necesidad de una tutela efectiva. Aquí queda expuesto, desde



nuestra humilde visión la plena satisfacción de una prerrogativa fundamental desde una medida cautelar; lo que se debe buscar son variantes dentro del propio instituto instrumental porque posee los atributos necesarios para lograr su finalidad.

#### **LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Dentro de los esquemas propuestos para el control jurídico de los actos de los poderes públicos se encuentra el establecimiento de los medios de tutela constitucional, revestidos de forma procesal, las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales. Es importante contar con respuestas concretas al momento de acudir en

defensa de las libertades constitucionales, para ello es menester contar con tribunales independientes para la sustanciación de instrumentos procesales eficaces para los reclamos cada vez más complejos. El tránsito de los procesos especiales para salvaguardar las prerrogativas humanas experimenta una transformación importante desde el siglo XIII hasta nuestros días. Los siglos XVIII y XIX atestiguan el fortalecimiento de la rama judicial como órgano de control del resto de las agencias políticas, se definió el cauce y los recaudos necesarios para revisar sus acciones o bien, sus omisiones.

A mediados del siglo XX se produce una expansión por la constitucionalización de los Estados democráticos, siendo una pieza importante el reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos



Humanos (1948) a contar con un recurso judicial que ampare a los gobernados frente a los actos de gobierno ante los tribunales (artículo 8º). La orientación de la tutela judicial se precipitó desde el campo constitucional hasta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una idea gravitante para el nuevo papel de la judicatura, que se reforzaría ante los umbrales del constitucionalismo moderno, fue el momento puntual para el recambio en el rumbo trazado desde ese contexto. En un primer momento toda América ya había consolidado un bastión de procesos constitucionales especializados para proteger a las personas; Europa (Cappelletti, 1961) aunque tuvo sus primeros pasos

incipientes durante el siglo XIX tuvo que esperar hasta esa época de la segunda posguerra de la centuria que se fue para incorporar formal y materialmente los procesos y recursos de protección de los derechos constitucionales (Favoreu, et. al.,1984: 55 y ss.), entre los que destacan los procesos de hábeas corpus (Clark, 2000: 217 y ss.) (España, Inglaterra, Portugal) y los recursos de amparo o recursos de derecho público<sup>3</sup> (Alemania, Austria, Bélgica, España, Hungría, Polonia, Portugal, Rusia, Suiza, entre otros); los primeros se tramitan ante tribunales de instancia, no así los segundos, que son competencia general de los Tribunales Constitucionales o en su caso, de los Tribunales de lo contencioso-

---

<sup>3</sup> Sólyom, László and Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*, USA, University of Michigan Press, 2003, pp. 65 y ss; Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in*

*Post-Communist Europe*, USA, University of Chicago Press, 2000, pp. 22 y ss; Vanberg, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press, 2005, pp. 24 y ss;



administrativo (Austria, Francia y Suecia).

Por su parte, el procesalismo constitucional Latinoamericano ocupa un lugar especial en el desarrollo de nuestro tema, las providencias cautelares, mismas que trataremos de ubicar en este apartado. El desarrollo de los procesos de tutela de los derechos fundamentales es alentador desde sus distintas aristas (doctrina, legislación y jurisprudencia). En la actualidad encontramos básicamente tres coordenadas constitucionales de las garantías de las libertades fundamentales: el proceso de amparo, el proceso de hábeas corpus, y el proceso de hábeas data. El primero de ellos tiene su origen en la tradición jurídica mexicana, el cual tiene asignado un rol polifuncional de proteger todos los derechos constitucionales; este instituto

garantista ha servido de inspiración al resto de los ordenamientos fundamentales del continente en comento, a pesar de ciertas peculiaridades como, los sujetos pasivos, en el modelo original sólo procede en contra de actos de autoridades, en cambio en la versión argentina que a su vez sirvió de inspiración a sus similares de Bolivia, Colombia, Costa Rica, procede en contra de actos de particulares; el resto de las cartas constitucionales han seguido el sendero tradicional mexicano. Subrayando que las versiones procesales en algunos países se apartan de la denominación, más no de su esencia tuteladora: Brasil (mandato de amparo, 1988), Chile (recurso de protección, 1980) y Colombia (acción de tutela, 1991). Otra nota distintiva de esta comparación estriba en que el radio de salvaguarda, se reserva la tutela de la libertad



personal y sus derechos conexos al proceso de hábeas corpus, el resto es materia de esta garantía mexicana.

En lo que corresponde a los procesos de *hábeas corpus* Latinoamericanos, cabe señalar que esta acción tiene su campo de actuación delimitado a la libertad personal contra las detenciones arbitrarias de los agentes de gobierno, que por supuesto cabe comentar que en este momento del curso de la tercera centuria ha desarrollado a otras áreas como: el agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención, desaparición forzada de personas, el control de razonabilidad de los estados de sitio. Casi todas las cartas fundamentales consagran esta institución de manera separada del proceso de amparo, ya sea con la denominación de la tradición inglesa o de su castellanización, como *exhibición*

*de persona* (Guatemala y Honduras) y recurso de amparo (Chile).

La última de las garantías constitucionales enunciada es el *hábeas data* (Masciotra, 2003) que, desempeña una función de protección de base de datos, públicas y privadas, además de resguardar el derecho a la información. Ésta es la más joven de las instituciones en referencia, pero algunos estados la han incorporado a sus declaraciones constitucionales (Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Paraguay y Perú, principalmente).

Todos los procesos constitucionales señalados tienen principios rectores comunes aun cuando existan las pequeñas variantes propias de las necesidades sociales de cada nación; una de ellas es, la naturaleza sumaria con la que se debe desplegar la actividad jurisdiccional, tienen que concentrarse los actos procesales para



evitar que el tiempo pueda hacer nugatorio los derechos. Además, el perfil que recorta a esos institutos es en la actualidad como procesos urgentes, incluso de máxima urgencia; hemos anticipado el significado del derecho a la tutela judicial que se bifurca en la aplicación a los procesos comunes (administrativos, agrarios, civil, penal, laboral), y en los procesos constitucionales, ya que se encuentran en juego los principios y valores superiores. Ella, significa la eficacia de los procesos, las instituciones y los principios que dirigen sus pretensiones, que puedan lograr las respuestas puntuales a sus exigencias de tutela jurisdiccional, la celeridad con que se administre justicia; sobre todo en estas corazas garantistas, las cuales desde la óptica del notable

procesalista platense Augusto Mario Morello<sup>4</sup> deben apreciar la nueva edad de las garantías jurisdiccionales, donde las disposiciones tradicionales se modernicen para otorgar una justicia de acompañamiento mientras el consumidor del servicio de la justicia espera la providencia judicial final, la sentencia.

Otro de los contenidos de la eficacia procesal son las providencias precautorias, sin las cuales cualquier proceso estaría propenso a fracasar, aún los procesos sumarios, ya que la tutela cautelar puede otorgarse con la simple admisión de la demanda y empezar a surtir sus efectos procesales de inmediato. Esta institución adjetiva es configurada de manera especial en el campo que alambicamos, ya sea a nivel nacional o a nivel internacional.

---

<sup>4</sup> *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata, Editorial Platense, 1998, pp. 115 y ss.



Generalmente las cartas fundamentales no se ocupan de ellas, sino que son las legislaciones reglamentarias y la jurisprudencia de las garantías constitucionales las que se ocupan de ellas. Sin embargo, es dominante la idea de que toda tutela constitucional debe contar con este instrumento legal.

El proceso de amparo mexicano desde sus inicios incorporó las providencias cautelares como una de sus instituciones fundamentales para la protección constitucional, que han sido moldeadas hacia el campo del derecho procesal constitucional, para evitar la consumación de las lesiones a los derechos y libertades fundamentales de las personas, por parte de las autoridades, y de esta manera mantener viva la materia litigiosa mientras dure el desarrollo de la actividad de los tribunales y poder

restituir a los peticionarios en el pleno goce de sus prerrogativas constitucionales. Por su parte, el proceso de *hábeas corpus* cuenta con una manifestación de este campo, la exhibición física de la persona detenida o que se encuentre sufriendo los ataques despiadados a su integridad física ante el juez que dictó en mandamiento correspondiente, con lo que se trata de evitar el daño al accionante de la tutela, ya sea que se encuentra en vías de realización o se esté ejecutando; incluso, el ancestral proceso de manifestación de persona aragonesa configuró un importante modelo cautelar, de asegurar a toda costa la integridad corporal de la persona manifestada conduciéndolo a un lugar especial denominado, cárcel de los manifestados, con ello se lograba cesar cualquier conducta de poder que pudiese menoscabar su dignidad humana.



Prácticamente todos los procesos constitucionales en comento, como ya señalamos con anterioridad, han configurado las providencias cautelares como instrumento de justicia de acompañamiento. La tutela cautelar puede solicitarse en cualquier momento del proceso hasta antes de que se dicte sentencia, puede ser al momento de ejercer la acción, incluso de manera verbal, como acontece en los casos urgentes donde la providencia judicial no pueda esperar, de lo contrario el año puede consumir la prerrogativa de manera irremediable, como es el caso del derecho a la vida; esta petición debe ser tan simple, sin mayores requisitos que señalar el acto reclamado, al respecto la Ley de Amparo mexicana en el artículo 117 dispone esta medida

cuando se trate de casos urgentes (artículo 17 LA), la acción podrá interponerse por comparecencia, para ello basta comentar una situación paradigmática del primer cuarto del siglo XX en una ciudad del norte de México<sup>5</sup>, donde una persona era sometida a las cadenas de un militar montado a caballo, de repente el detenido mira a un balcón de la avenida por donde transitaba y ve para su sorpresa al juez de amparo y le grita que lo ampare, ¡que lo van a fusilar!, el juez constitucional le responde de inmediato que le concede la protección cautelar (suspensión del acto reclamado), obvio el aprehensor desatendió la providencia judicial constitucional y se dirigió al patíbulo en un panteón para continuar con el fusilamiento, ante ello, el juez requiere

---

<sup>5</sup> Véase este hermoso relato que son de los que han enaltecido el esplendor de la gloria mexicana de las libertades, nuestro proceso de amparo; Góngora,

Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, novena edición, México, Porrúa, 2003, pp. XIV-XV.



a la autoridad para que paralice el acto que pretendía privar de la vida al amparista, el cual no le hace caso nuevamente y continúa con la ejecución, por lo que para sorpresa de todos aquél se interpone entre pelotón de fusilamiento y el accionante del proceso de amparo, lo que provocó el asombro de todos, claro que esta vez fue atendida la resolución. Varios aspectos podemos destacar de lo anterior para fijar algunas ideas sobre las providencias cautelares en estos procesos (amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data*), entre ellas la “formalidad de presentar una demanda”, aquí todos los requisitos se simplifican en aras de la pretensión del proceso, sólo importa activar la jurisdicción constitucional con una sola palabra... ¡ámpareme!, sin mayor trámite, cualquier doctrina de la acción también queda al desnudo ante esto; la otra parte, es la respuesta cautelar que mediante una cognición

sumarísima ante los indicios de la detención y la intencionalidad de la autoridad demandada, hicieron patente la apariencia del buen derecho y del daño temido, sin mayor sustanciación se decretó de plano con miras a una ejecución forzosa si era necesaria, aquí los límites del orden público quedaban precisos, no se afectaban ante embarazosa situación.

Dentro de los ordenamientos procesales constitucionales que revisten un ejemplo de la configuración legal de las providencias cautelares podemos apuntar la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad (Guatemala) que, en los artículos 27 a 32 regula en materia de amparo las providencias cautelares denominadas, suspensión, ya sea provisional o de oficio, siguiendo de cerca el régimen cautelar del proceso de amparo



mexicano, además de configurar las medidas de ejecución para el cumplimiento de la interlocutoria constitucional, la esencia de ésta es la preservación de la materia litigiosa; en lo que respecta a la Exhibición Personal (*hábeas corpus*) el mismo ordenamiento regula en los preceptos 88 a 96 la materia cautelar denominada auto de exhibición, con el cual se da inicio sin demora al proceso, con un comienzo de actos cautelares que no requieren mayor recorrido de cognición para que la autoridad o autoridades presente físicamente al detenido, caso contrario, atendiendo a las circunstancias del caso podrá constituirse en el lugar en que se encuentra el actor, el juez que conoce de la acción o bien la persona que éste designe, lo que permite apreciar una

flexibilidad de la protección instrumental; existe una norma específica en la materia en estudio que es única en las legislaciones referente a la desaparición forzada de personas, aún sobre la Ley (23.098) de *hábeas corpus* federal argentina de 1984, que también regula estos supuesto, sin perjuicio de los adelantos jurisprudenciales que ha construido la praxis judicial de ese país sureño, que son ejemplares, en la que se dota de amplias facultades a los jueces para que lleven a cabo cualquier actuación procesal tendiente a localizar el paradero de personas detenidas; lo que se complementa con las medidas de apremio y de ejecución forzosa.

El Código procesal constitucional de Perú (2004)<sup>6</sup> es una verdadera novedad legislativa al igual que en su

---

<sup>6</sup> Véase Abad Yupanqui, Samuel B., *Constitución y procesos constitucionales*, Lima, Palestra, 2005; Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código*

*procesal constitucional*, Piura, Universidad de Piura, 2004, pp. 269 y ss.



momento la Ley de la jurisdicción constitucional de Costa Rica (1989). El ordenamiento andino en las disposiciones generales y comunes a los procesos de protección de derechos fundamentales consagra la procedencia de medidas cautelares (artículos 15 a 16), misma que se configura con disposiciones progresistas asentadas en reglas flexibles, con margen de maniobra para los operadores judiciales, permitiéndose solucionar diversos tipos de actos de autoridad que requieran la tutela cautelar. Tema menor resulta la redacción del artículo 15, cuando separa medidas cautelares de la suspensión, seguramente se quiere distinguir los efectos innovativos y conservativos respectivamente; bastaba con hacer mención a la providencia cautelar en general, ya que la segunda, nomenclatura asignada a su similar

mexicana, queda subsumida dentro de de aquella. Los requisitos que plantea el Código procesal constitucional atienden a los presupuestos clásicos, pero abierto a las necesidades del momento, es decir, no se encasillan en una visión ortodoxa; las condiciones son: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, agregando que el pedido cautelar sea suficiente para garantizar la pretensión procesal, además de que la providencia jurisdiccional instrumental se decrete de manera unilateral, lo que permite una pronta respuesta garantista, sin mayores formalismos innecesarios. Podemos adelantar que queda abierta la posibilidad de la elaboración de tutela cautelar anticipatoria porque de acuerdo a las reglas anteriores es necesario garantizar la petición constitucional, de manera provisional hasta el arribo de la providencia definitiva. Otra ventaja digna de



destacarse es en materia del recurso de apelación, de admitirse sólo será en el efecto devolutivo, por lo cual medida instrumental otorgada se mantiene viva. Lo único cuestionable es la posibilidad de la condena en costas por haberse concedido al peticionante la cautela.

Algunos ordenamientos reguladores de los procesos constitucionales han configurado la institución de las providencias cautelares, entre ellos: Bolivia (artículos 89 a 91 y 99 de la Ley del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>), Brasil<sup>8</sup>

(artículo 8º & 9º de la Ley No. De 16.01.1936; artículo 324, & 2º del Código Procesal Civil; artículo 7º fracción II de la Ley No. 1.533)), Colombia<sup>9</sup> (artículo 7 del Decreto número 2592 de 1991<sup>10</sup>), Ecuador (artículo 53 de la Ley de control constitucional); en Europa podemos destacar: Alemania<sup>11</sup> (artículos 32 y 35 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal) y España<sup>12</sup> (artículos 56 a 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

---

<sup>7</sup> Riviera Santibáñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, segunda edición, Cochabamba, Kipus, 2004; Valdivieso, René, *Derecho procesal constitucional*, Santa Cruz de la Sierra, edición particular, 2006.

<sup>8</sup> Agrícola Barbi, Celso, *Do Mandado de Seguranca*, décima edición, Brasil, Forense, 2001, pp. 141 y ss; para una mayor información sobre temas cautelares en la tutela de los derechos fundamentales véase, Da Silva Pacheco, José, *O Mandado de Seguranca e outras Acoes Constitucionais Típicas*, cuarta edición, Brasil, Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>9</sup> Henao Hadrón, Javier, *Derecho procesal constitucional*, segunda edición, Bogotá, Temis, 2006.

<sup>10</sup> Regulación del proceso de acción de tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución de 1991.

<sup>11</sup> Häberle, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional" en García Belaunde, Domingo y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 231 y ss.

<sup>12</sup> Sobre la providencia cautelar véase Fernández Farreres, Germán, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 356 y ss; Gimeno Sendra, Vicente y Pablo Morenilla Allard, *Los Procesos de Amparo*, Madrid, Colex, 2003.



Un principio dominante es la configuración de providencias cautelares innominadas, que permiten a la jurisdicción constitucional resolver con mayores márgenes la problemática, dicha medida instrumental apunta a preservar los derechos fundamentales que puedan ser lesionados y que por el transcurso del tiempo el daño se haga irreversible. Queda de manifiesta la posibilidad de construir una teoría general de las providencias cautelares en los procesos constitucionales en estudio, aunque los sistemas de control constitucional puedan tener sus variantes existen puntos de contacto que se asemejan unos de otros, que han recogido la doctrina esbozada de los estudios de Piero

Calamandrei, quien es sin lugar a dudas el gran sistematizador de la dogmática cautelar. En este sentido tampoco escapan las providencias cautelares en los procesos transnacionales de tutela de las libertades fundamentales<sup>13</sup>, que ha tenido un desarrollo importante sobre todo en el sistema interamericano<sup>14</sup>, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual se ha reflejado en las legislaciones internas, como en el Código Procesal Constitucional de Perú (2004) que ha regulado el cumplimiento de las resoluciones de órganos internacionales (artículos 114 a 116); por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia ha fijado

---

<sup>13</sup> Al respecto Vallefn hace un tratamiento interesante en un cuadrante más amplio en su obra: *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2002, pp. 43 y ss.

<sup>14</sup> Véase Rey Cantor, Ernesto y Ángela Margarita Rey Anaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Temis-UNAM-IIDH, 2005.



criterios<sup>15</sup> importantes en relación a las providencias cautelares en los procesos transnacionales de tutela de los derechos humanos como obligatorias y en consecuencia puedan ser susceptibles de ejecución forzosa ante las jurisdicciones nacionales, lo que le reviste de eficacia.

## **LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO COMO PROVIDENCIA CAUTELAR**

### **A. Concepto y naturaleza jurídica.**

El proceso de amparo mexicano cuenta con una tradición doctrinal, constitucional y jurisprudencial rica en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, que ha sido producto de más de un siglo de experiencias judiciales ante las situaciones más adversas, en los

momentos de conflictos bélicos, durante las intervenciones extranjeras del siglo XIX, durante los cuartelazos, cualquier levantamiento en nombre de la libertad. También se ha convertido en el diálogo permanente del pueblo mexicano con sus derechos constitucionales, es parte de una historia patria arraigada en el sentir de los mexicanos como hombres de libertades para frenar a los poderes cuando tratan de avasallar sus prerrogativas humanas.

Dicha garantía constitucional, de naturaleza procesal<sup>16</sup>, tiene fundamento en los artículos 103 y 107 de la ley fundamental, el primero de los preceptos establece la procedencia general, contra leyes o actos de autoridad que vulneren los derechos y

<sup>15</sup>

<sup>16</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo” en *Ensayos sobre*

*el Derecho de amparo*, tercera edición, México, Porrúa, 2003, pp. 97 y ss.



libertades fundamentales<sup>17</sup>, consagrados en el ordenamiento constitucional y en los instrumentos internacionales en la materia, sin excepción, incluyendo los derechos sociales, económicos y culturales; lo que le imprime el sello de una garantía polifuncional. Su complejidad abarca distintos tipos de procesos<sup>18</sup>: 1) amparo de la libertad o amparo-*hábeas corpus*, 2) amparo contra leyes o recurso de inconstitucionalidad, 3) amparo-contencioso administrativo, 4) amparo casación y 5) amparo social (agrario y laboral). En el segundo de los preceptos fundamentales se fijan los lineamientos procesales: legitimación, competencias específicas, providencias cautelares (fracción X), caducidad de las

instancia, recursos, efectos de la sentencia, medios de apremio.

La tutela procesal de amparo es competencia exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación (párrafo primero del artículo 103 constitucional), que desempeña una verdadera jurisdicción constitucional. Todas las autoridades (legislativo, judicial y ejecutivo), federales, estatales y municipales, son susceptibles de ser demandadas, denominándose autoridad responsable al sujeto pasivo de la relación procesal. El diseño procesal tiene perfiles de sumariedad aunque en la práctica se presentan inconvenientes en el tiempo para resolver los expedientes dentro de los

---

<sup>17</sup> Las fracciones II y III de la citada norma constitucional se refiere a la invasión de competencias en el sistema federal mexicano, lo que puede ocasionar afectaciones a la libertad fundamental; ello, se ha denominado por la doctrina como amparo-soberanía, puntualizando

que no se trata de una acción constitucional para los órganos públicos.

<sup>18</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano” en *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, tercera edición, México, Porrúa, 2003, pp. 18 y ss.



plazos legalmente señalados en la Ley de Amparo (LA) por la sobrecarga de trabajo en los tribunales federales.

Una de las instituciones torales en la sustanciación del proceso de protección de derechos fundamentales lo es suspensión del acto reclamado, que en verdad se trata de una providencia cautelar, la cual ha sido abordada y sistematizada desde el siglo XIX hasta la fecha por notables juristas: Fernando Vega<sup>19</sup>, Ignacio L. Vallarta<sup>20</sup>, Silvestre Moreno Cora<sup>21</sup>, Rodolfo Reyes<sup>22</sup>, Ricardo Couto<sup>23</sup>, Héctor Fix Zamudio<sup>24</sup>, Humberto Briseño Sierra<sup>25</sup>, Genaro Góngora

Pimentel<sup>26</sup>, Juventino V. Castro<sup>27</sup>, Ignacio Burgoa<sup>28</sup>, a pesar de la resistencia doctrinal de algún sector de esta garantía de las libertades, entre las que destaca la del insigne tratadista Ignacio Burgoa<sup>29</sup> al sostener que: “se suele adscribir a la suspensión del acto reclamado el carácter de *providencia o medida cautelar*. Esta consideración es correcta si se toma en cuenta que dicho fenómeno o situación procesal conserva la materia del amparo, impidiendo que el acto de autoridad impugnado en la vía constitucional se resuelve ejecutoriamente el juicio el juicio de garantías. Sin embargo,

<sup>19</sup> *Nueva Ley de Amparo...Op. Cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>20</sup> *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1881, pp. 166 y ss.

<sup>21</sup> *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, La Europea, 1902, pp. 561 y ss.

<sup>22</sup> *El Juicio de Amparo de garantías en el Derecho Constitucional mexicano*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, 1916, pp. 15 y ss.

<sup>23</sup> *Tratado teórico...Op. Cit.*

<sup>24</sup> *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 277 y 287.

<sup>25</sup> *El amparo mexicano*, México, Cárdenas, 1971, pp. 494 y ss; idem, *El control constitucional de amparo*, México, Trillas, 1990, pp. 474 y ss.

<sup>26</sup> *La suspensión en materia administrativa*, sexta edición, México, Porrúa, 2001.

<sup>27</sup> *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, tercera edición, México, Porrúa, 1994.

<sup>28</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, cuadragésima primera edición, México, Porrúa, 2005, pp. 705 y ss.

<sup>29</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, *Op. Cit.*, pp. 711-712.



estimar que la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuye la doctrina del Derecho procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica"; por otra parte existe otra corriente que plantea una postura diferente, el notable procesalista mexicano Héctor Fix Zamudio<sup>30</sup>: "constituye una providencia cautelar, por cuanto significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva y por este motivo, no sólo tiene eficacia puramente conservativa, sino que también puede asumir el carácter de una providencia constitutiva, o parcial

y provisionalmente restitutoria, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio o impedir perjuicios irreparables a los interesados", además, en este sentido de providencia cautelar innovativa y conservativa se pronuncian Fernando Vega<sup>31</sup>, Ricardo Couto<sup>32</sup> y Alfonso Noriega<sup>33</sup>, los primeros lo hicieron sin referencia a la teoría cautelar, tratando de explicarla con una naturaleza propia; el último de los teóricos del proceso de amparo sí lo hace desde la vertiente de las concepciones modernas del Derecho procesal, y en la actualidad éste es el sentido dominante<sup>34</sup>. Al respecto podemos destacar los siguiente criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los

<sup>30</sup> *El juicio de amparo*, Op. Cit., p. 277.

<sup>31</sup> Op. Cit., pp. 65 y ss.

<sup>32</sup> Op. Cit., pp. 217 y ss.

<sup>33</sup> Op. Cit., T. II, p. 990.

<sup>34</sup> Véase Martínez García, Hugo, *La suspensión del acto reclamado en materia de amparo*, México, Porrúa, 2005; Góngora, Genaro, *La suspensión...Op. Cit.*; Castro, Juventino V., *La suspensión...Op. Cit.*



Tribunales Colegiados sobre la naturaleza jurídica de la suspensión, que han ido evolucionando afortunadamente, en un primer momento la noción fue, respectivamente:

“Los efectos de la suspensión consisten en mantener las cosas en el estado que guardaban al decretarla y no en el de restituir las al que tenían antes de la violación constitucional, lo que sólo es efecto de la sentencia que concede el amparo en cuanto”<sup>35</sup>.

“Como la suspensión del acto reclamado es una medida cautelar cuyo propósito es conservar la materia del juicio y, a la vez, evitar que al ejecutarse el acto reclamado se causen al quejoso perjuicios irreparables,

es obvio que cuando el juicio de garantías se falla o se resuelve en lo principal, quedan sin materia todas las medidas tomadas con motivo de ella y, por ende, el fin que se pretende alcanzar con la interposición de la queja contra la medida suspensiva carece de objeto y debe declararse sin materia el recurso”<sup>36</sup>.

Parecería que la providencia cautelar constitucional tuviera un solo perfil, conservativa, pero esa fue una realidad por muchos años nada positiva ya que la eficacia de la tutela queda entredicha por la reducción de la función de la garantía de amparo. Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó un criterio revolucionario<sup>37</sup> para adaptar la doctrina a la realidad de nuestros

<sup>35</sup> Tesis 196 del Apéndice 1975, Materia General. (Tesis 291 del Apéndice 1985).

<sup>36</sup> SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO, QUEJA SIN MATERIA. Tesis 1045 del Apéndice al Semario Judicial de la Federación (1917-1995), Materia común, T. IV, p. 723.

<sup>37</sup> 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. Contradicción de tesis 15/1996, fallada el ocho de abril de 1996.



litigios, estableciendo una vez más el carácter cautelar de la suspensión, y la observación de los dos extremos de la misma: la apariencia del buen derecho y el peligro por mora; ello no es lo esencial de la resolución pero, parte de esas premisas conceptuales que permitieron interpretar en otro sentido la fracción X del artículo 107 constitucional al sostener que “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” y además “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”; entonces las posturas jurídicas de que el instituto cautelar pueda, según la naturaleza del acto reclamado, otorgarse la tutela provisional para conservar la materia del proceso o bien, si el daño que pueda causarse al quejoso pueda ser irreversible, entonces será necesario restituirle sus bienes constitucionales lesionados por el acto de la autoridad, es decir, una anticipación de la tutela constitucional.

#### **B. Régimen procesal**

Dentro del sistema constitucional de amparo existen dos vías: el amparo de dos instancias o bi- instancial(indirecto) y el amparo uni- instancial o de una instancia (directo); éste último es competencia de los Tribunales Colegiados que conocen de actos reclamados consistentes en: sentencias definitivas y autos que



pongan fin al juicio (artículo 170 LA); esta vía se conoce como amparo casación, su procedencia es acotada a actos de naturaleza procesal; en cambio, el proceso de amparo indirecto es versátil ya que procede contra actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales (dentro y fuera de proceso), es en esta acción donde centraremos nuestra atención.

La suspensión del acto reclamado tiene sustento constitucional en la fracción X del artículo 107 constitucional: "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 la reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión

origine a terceros perjudicados y el interés público", el segundo párrafo del precepto en referencia expresa lo conducente a la suspensión en el amparo directo, del que nos ocuparemos en otro momento. La fracción transcrita permite realizar interpretaciones progresistas que permitieron al Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 15/1996, abrir la posibilidad para que los gobernados puedan alcanzar respuestas procesales anticipadas y no sólo conservativas; lo importante es que el horizonte de los efectos cautelares quedaron ampliados y los jueces constitucionales podrán tener un mayor margen de resolución de las acciones de amparo.

Existen dos tipos de suspensión: la suspensión de oficio (artículo 126 LA) y la suspensión a petición de parte (artículo 128 LA). La primera de ellas



no tiene propiamente un efecto conservativo, ello en atención a su procedencia en contra de ciertos actos reclamados que tienen una connotación de graves y que la LA ha considerado crear presunciones legales para que sin carga probatoria para el accionante constitucional, se le pueda otorgar la protección cautelar inmediata con sólo señalar las violaciones a determinados derechos y libertades fundamentales como: la vida, los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional (pena de muerte, tortura, mutilación, tormento de cualquier especie, confiscación de bienes, multa excesiva, penas infamantes, penas inusitadas), deportación y destierro; en estos casos la suspensión de decreta de plano, sin sustanciación alguna, lo que significa que no se requiere mayor cognición ya que en la tutela de estos bienes constitucionales no se ataca de

ninguna manera al interés social o al orden público (artículo 128 fracción II LA), y claro que la probabilidad de certeza debe proceder, de lo contrario sería gravoso e injustificado requerirle probanza alguna, es en estos actos donde debe asumirse el rol del activismo judicial, no es posible que los jueces permanezcan pasivos desde su sitial en espera del resultado final, en este deben participar durante el transcurso del proceso. En la fracción II del precepto en comento se regula otro supuesto de procedencia genérico contra actos que sí se consumaran harían físicamente imposible la restituir al impetrante de amparo el pleno goce de sus derechos conculcados. Llama la atención el efecto de ese tipo cautelar, porque en verdad se trata de efectos restitutorios; si el acto reclamado fuera tortura e incomunicación la providencia cautelar no puede ser en el sentido



conservativo para preservar la materia, sería un completo absurdo, por lo que el sentido es restituir al quejoso en el derecho a su integridad física de inmediato y que se termine la incomunicación, se le restituye la garantía procesal a no ser incomunicado (apartado A fracción II del artículo 20 constitucional), lo cual es loable atendiendo a la triste realidad que siguen experimentando las garantías constitucionales del proceso durante la averiguación previa penal<sup>38</sup>.

La providencia cautelar se decreta de inmediato en el mismo auto de admisión de la demanda, incluso cuando existe la prevención por no haber cumplido con los requisitos de la demanda, la cual surte efectos de

inmediato por lo que el tribunal de amparo deberá notificarlo a la autoridad responsable para su cumplimiento, inclusive puede hacer uso de las vías telegráficas. Asimismo en este proveído judicial se requerirá un informe justificado al sujeto pasivo de la relación procesal.

La suspensión a petición de parte exige en cierta medida más requisitos que la anterior, en primer término, se debe de pedir de manera expresa, por ejemplo cuando se trate de ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial (detención arbitraria). En primer momento la tutela constitucional puede obtenerse<sup>39</sup> con la simple petición en la demanda de amparo, la cual como regla general puede otorgarla discrecionalmente<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Véase Informe de Amnistía Internacional sobre la situación de los derechos humanos en México

<sup>39</sup> Cuando se trate de supuestos distintos del artículo 128 fracción I y II LA.

<sup>40</sup> Cuando el acto reclamado es la libertad personal, la suspensión provisional siempre será procedente (artículo 130 último párrafo LA).



una suspensión provisional sin citación de la parte contraria, es decir, hasta en tanto se decida definitivamente la suspensión en un procedimiento incidental; en el auto que la admita también se señalará la hora y la fecha para su celebración<sup>41</sup>, así como el requerimiento a la autoridad para que rinda un informe previo, además del informe justificado para la audiencia principal denominada audiencia constitucional. Ahora bien, existen algunas condicionantes para la concesión de esta providencia, además de las ya conocidas que no se siga un perjuicio al orden social o al interés público (fracción II del artículo 128 LA). Es importante estipular otro de los recaudos para su otorgamiento, que los actos reclamados sean de difícil

reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución (artículo 126 LA).

El efecto de la medida procesal dependerá de la resolución de tribunal de amparo, ya que éste tiene facultades para fijar la situación en que habrán de quedar las cosas<sup>42</sup> y deberá tomar las medidas pertinentes para conservar la materia de amparo hasta la terminación del proceso (artículo 139 LA). En base a ello, legalmente no existe un impedimento para que las providencias cautelares se otorguen con efectos anticipatorios, fue en su momento una errónea apreciación de los criterios jurisprudenciales que entendieron que el sentido gramatical de “suspensión” era únicamente paralizar los actos reclamados.

<sup>41</sup> Pudiendo celebrarse en días y horas inhábiles, atendiendo a la naturaleza de la violación.

<sup>42</sup> El artículo 139 de LA dispone como alternativa que el efecto suspensivo podrá ordenar que las

cosas se mantengan en el estado que guardan hasta en tanto se notifique a la autoridad responsable y se resuelva la suspensión definitiva.



Además, como anunciamos en el apartado introductorio, nuestro objeto de estudio se enfoca a aquellos casos constitucionales donde no puede existir un tercero perjudicado que tenga interés en la existencia del acto reclamado, es decir, cuando se trata de situaciones que en sí mismas son violatorias de derechos fundamentales (discriminaciones, tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho a la salud, derechos de los niños), cual se delimita por la naturaleza pues, del acto reclamado.

Una regla aplicable en ambos tipos de providencias cautelares es que pueden revocarse por hechos supervinientes, de ahí pues su carácter provisional. Otra nota distintiva de este tema es que en estos casos no se admite, en consecuencia la figura de la contracautela, por lo que

consideramos que tampoco se trata de un requisito cautelar en general. Asimismo, proceden recursos contra la admisión o contra la negativa de las providencias cautelares

### **LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA EN EL PROCESO DE AMPARO**

En este apartado pretendemos plantear algunas experiencias vividas en nuestra encomienda universitaria<sup>43</sup> como Coordinador General de la Clínica de Litigio Estratégico de Derechos Humanos, de mi alma mater desde 2008; desde donde hemos vivido una hermosa experiencia en las batallas cautelares contra la deshumanización de diversas autoridades públicas.

La doctrina mexicana del siglo XIX había tratado el tema de la

---

<sup>43</sup> Período 2003-2007.



anticipación de la tutela, claro que no con esa denominación, pero ya se había insistido en el efecto restitutorio de la suspensión, entre ellos podemos traer a colación a Fernando Vega<sup>44</sup>, quien sostenía: “Es un error deplorable afirmar que el auto de suspensión deja las cosas en el mismo estado que guardaba al pronunciarse. La ley no quiere tal cosa; lo que preceptua (sic), lo que demanda para hacer práctico el sistema, es que cesen los efectos de la violación, temporalmente, durante el juicio de amparo”, agregando respecto al marco legal que “el autor de una ley ó (sic) de un precepto general, no tiene la doble vista suficiente para abarcarlo todo, ni sus ojos son los de un Panopteo ó (sic) de un Argos”, por lo que “esta regla irreprochable, tiene por firmísimo apoyo la naturaleza misma de la

institución y su función más importante; la restitución de las cosas al estado que guardaban ántes (sic) de cometerse la violación. La idea de irreparabilidad, está en armonía completa, con la de irrestitución: en uno y otro caso, el acto ejecutado en condiciones de no poder ser convertido a su primitivo estado, no podría servir de título para un amparo constitucional, porque sería imposible en el orden físico que el recurso pudiera dar vida, que es su único fin, el acto que se ha consumado con la más perfecta plenitud”; queda patente que la doctrina en cuestión, era ya una preocupación de los doctrinarios del proceso de amparo durante ese tiempo, inquietudes que no cesaron, ya en pleno siglo XX, en su primera mitad, el mejor exponente sin lugar a dudas es Couto<sup>45</sup>, quien expuso

---

<sup>44</sup> *Op. Cit.*, pp. 65-67.

<sup>45</sup> *Op. Cit.*



magistralmente esta teoría basada en casos prácticos, por lo que es necesario reivindicarle sus méritos en la Teoría general de las providencia cautelares, sin un afán patriótico, pero sí de justicia. Ya en la segunda mitad de esa centuria esas ideas innovadoras cobraron mayor relevancia en las argumentaciones de Héctor Fix Zamudio<sup>46</sup> y de Alfonso Noriega Cantú<sup>47</sup>; en la judicatura constitucional, y también en la doctrina, hemos percibido un entusiasmo por empujar estas posturas por parte del magistrado

constitucional, Genaro Góngora Pimentel<sup>48</sup>. La suspensión con efectos restitutorios es ya pues, una realidad en nuestra jurisprudencia constitucional, por lo que es factible apuntar a los blancos móviles de la casuística para determinar lo procedente en esta temática apasionante.

Los tipos de suspensión (artículos 126 y 128 LA) en materia de la garantía de amparo consagran textualmente la posibilidad de otorgar providencias cautelares con efectos restitutorios<sup>49</sup>(véase párrafo segundo

<sup>46</sup> *El juicio de amparo, Op. Cit.*

<sup>47</sup> *Lecciones de amparo, Op. Cit., T. II.*

<sup>48</sup> *La suspensión en materia administrativa, Op. Cit.*

<sup>49</sup> Época: Décima Época, Registro: 2006949, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: IV.2o.A.63 K (10a.), Página: 1316.

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. RELACIÓN DEL EFECTO RESTAURATIVO, PROVISIONAL Y ANTICIPADO QUE DEBE DÁRSELE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO

147, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE LA MATERIA, CON LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA.

De conformidad con el artículo 147, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, vigente desde el 3 de abril de 2013, en los casos en que la suspensión sea procedente, atento a la naturaleza del acto reclamado, el órgano jurisdiccional ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado, mientras se dicta sentencia ejecutoria en el amparo. Así, del dictamen efectuado en el Senado de la República a la



iniciativa de dicho ordenamiento, se estima que la disposición mencionada se originó porque, conforme a la práctica jurisdiccional basada en la Ley de Amparo de 1936, se reconocieron supuestos en los que no podía otorgarse la suspensión con un alcance eficaz y consistente con las premisas de evitar la consumación de las violaciones alegadas, tornándolas difícil o imposiblemente reparables, y de salvaguarda de la materia del amparo, si no se le daba un efecto restitutorio, provisional y anticipado, por encontrarse el acto reclamado ejecutado al momento en que se solicitaba la medida y a partir de un conocimiento superficial y de mera probabilidad de la violación invocada por la parte quejosa, que diera como resultado la credibilidad objetiva y sería que descartara una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable (apariencia del buen derecho), así como el peligro de que, de permanecer la ejecución del acto, se frustrara la pretensión deducida por consumarse la violación y se perdiera la materia del amparo (peligro en la demora); criterios que superaron los relativos a que la suspensión solamente debía tener efectos conservatorios y de que no era posible, al resolver sobre su concesión, abordar estudio alguno sobre la constitucionalidad del acto reclamado por ser esto último materia de la sentencia que resolviera el fondo del amparo. En estas condiciones, la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 147 citado, encuentra estrecha relación con el asomo provisional al fondo del asunto a que está obligado el juzgador, a fin de determinar la apariencia del buen derecho, a que se refieren los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 138 de su ley reglamentaria, pero, fundamentalmente, lleva a que se analice el peligro en la demora, dada la naturaleza de la medida cautelar que corresponde a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, en el entendido de que el análisis condigno a tal peligro, como se entendió en el dictamen inicialmente señalado, involucra una estimación de mera probabilidad de que, de no suspenderse el acto, las violaciones aducidas quedarán consumadas y se tornarán difícil

o imposiblemente reparables, esto, en el aspecto sustantivo, y desaparecerá la materia del amparo, como consecuencia adjetiva del retardo en la paralización del acto. Por ello, cuando en la misma porción normativa que se analiza se condiciona el efecto restaurativo excepcional, provisional y anticipado que pueda darse a la suspensión del acto, a que su naturaleza revele que es jurídica y materialmente posible, en la determinación de estos últimos aspectos debe involucrarse el resolver si existe verdadero peligro de que de no darse a la suspensión el efecto referido, las violaciones aducidas se consumen, se tornen difícil o aun imposiblemente reparables en la sentencia de amparo y se pierda con ello la materia de fondo del juicio principal, en el entendido también de que esas expresiones constituyen elementos normativos y de control que el legislador previó, a fin de que el otorgar a la suspensión, excepcionalmente, un efecto restaurativo, provisional y anticipado, no resulte en una decisión arbitraria o susceptible al abuso, pues de ser así, sin que se advierta el peligro en la demora y el riesgo adjetivo de que desaparezca la materia del amparo, se desvirtuaría el propósito considerado por el legislador para prever dicha medida con el alcance excepcional descrito. Todo ello, desde luego, en el entendido de que, aunado a la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, es inexcusable que se demuestre la no afectación al interés social con el otorgamiento de la medida y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la Ley de Amparo, pues de existir esa afectación y ser mayor que la que resentiría la parte quejosa, según se aprecie de sus pretensiones, la suspensión sería improcedente e innecesario un análisis en cuanto al efecto más eficaz que habría de dársele, lo que no contradice la esencia de los criterios jurisprudenciales que orientaron la adopción del actual segundo párrafo del artículo 147 de la Ley de Amparo, contenidos en las jurisprudencias P./J. 15/96 y P./J. 16/96, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitidas con base en la Ley de Amparo actualmente abrogada, sino que, en términos del artículo sexto transitorio del



del artículo 147 LA), donde los jueces constitucionales pueden realizar una apreciación provisional, adelantada, de la inconstitucionalidad del acto reclamado. Queda claro la pretensión cautelar, el aseguramiento de la materia del proceso, pero no significa en todo caso un sentido

---

ordenamiento de la materia en vigor, vistas en relación con los procesos legislativos originarios de la legislación actual, sirven de guía para determinar la naturaleza específica del juicio de ponderación sobre la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora; sin embargo, su aplicabilidad no puede ser plena conforme a la legislación actual, porque, como se precisó, el Constituyente ordenó que se observaran mayores requisitos para normar el juicio de ponderación y el otorgamiento de la medida, con el propósito de evitar el abuso y controlar la discrecionalidad del Juez al proveer sobre su otorgamiento, con el fin de que esa discrecionalidad no resulte en arbitrariedad, con la consecuente lesión al interés social en el otorgamiento de la medida con un efecto excepcional, cuando esto no se justifica e, incluso, antes de la expedición de la ley en vigor, la propia Suprema Corte construyó la aplicabilidad de aquellos criterios a la observancia de los requisitos del artículo 124 de la normativa abrogada y, en el imperio de la actual, debe regir el mismo principio de cumplimiento de todos y cada uno de los que deban satisfacerse para proveer sobre la medida cautelar.

<sup>50</sup> Época: Novena Época, Registro: 161447, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo

exclusivamente conservativo, sino de adelantar los posibles efectos de la sentencia<sup>50</sup>, en ocasiones el derecho es completamente restituido sin empacho alguno; por ejemplo, cuando una menor de edad con discapacidad

XXXIV, Julio de 2011, Materia(s): Común, Tesis: I.4o.A. J/90, Pág.1919 .

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. PROCEDE CONCEDERLA, A PESAR DE QUE PUEDA ADELANTAR LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN FINAL, SI ES NECESARIO PARA ASEGURAR UNA TUTELA CAUTELAR EFECTIVA QUE PRESERVE LA MATERIA DEL JUICIO Y LA CABAL RESTITUCIÓN DEL AFECTADO EN SUS DERECHOS.

El criterio de que la suspensión no debe otorgar efectos restitutorios o que anticipen la decisión final, por ser propios de la sentencia de fondo, **debe superarse en aras de ser congruentes con la finalidad constitucional de preservar la materia del juicio y evitar la ejecución de actos de imposible o difícil reparación**, siempre y cuando exista interés suspensional del solicitante y materia para la suspensión, para lo que **es menester considerar la naturaleza del acto reclamado**. Consecuentemente, procede conceder la suspensión a pesar de que **pueda adelantar los efectos de la decisión final**, pues ello sería en forma provisional, si es necesario para **asegurar una tutela cautelar efectiva que preserve la materia del juicio y la cabal restitución del afectado en sus derechos**; es decir, cuando de no otorgarse, la restitución que, en su caso, se ordene en la resolución definitiva, **pueda ser ilusoria**.



física<sup>51</sup> va a una institución educativa de enseñanza especial, y la Ley de Educación estatal determina como acción positiva que alumnos en esas condiciones acudan a escuelas para niños “normales”, como parte de una terapia emocional, lo cual es justificable constitucionalmente para hacer pleno el libre desarrollo de las personas; el punto es que la niña es llevada por sus padres a una escuela normal como oyente, pero las autoridades educativas de ese plantel deciden separarla posteriormente porque es una “carga”, acto de autoridad que lesiona la dignidad de la menor, además de la afectación al derecho a la educación y de la protección de sus sentimientos, sin soslayar que se trata de una conducta de discriminación, lo cual también es

un acto prohibido por la constitución (artículo 1º), por lo que la lesión amerita una pronta respuesta del órgano de control constitucional, y de acuerdo al marco de la ley fundamental, legal y jurisprudencial existen méritos para encausar la tutela cautelar con efectos restitutorios, devolviéndole la oportunidad de continuar como oyente en la escuela pública. Nos resta precisar bajo qué tipo de suspensión podría llevarse a cabo. El artículo 126 de la LA otorga este tipo de tutela contra actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, por lo que la prohibición de las conductas discriminativas también es un acto prohibido constitucionalmente, pero sucede que al momento de redactarse la ley reguladora del proceso de

---

<sup>51</sup> Caso de Sara Cristina Díaz Vázquez contra Secretaría de Educación del Estado/CEDH/Michoacán.



amparo no existía el tercer párrafo del artículo 1º, pero sin embargo podríamos encontrar una salida victoriosa si los jueces constitucionales de distrito realizaran una interpretación progresiva, adicionando otros actos prohibidos constitucionalmente, de lo contrario se cerraría la posibilidad de obtener este beneficio cautelar; la fracción II de la norma en estudio no sería un fundamento, ya que su procedencia depende de que la afectación física y sea imposible su restitución, hipótesis que no encaja en nuestro litigio constitucional.

Respecto al artículo 128 de la LA podemos encontrar una alternativa interesante; en primer término se trata de una suspensión a petición de parte, que no se sigue afectación al interés

social o al orden público, ya que en el presente ninguno de los dos límites referidos se actualizan atendiendo a la naturaleza de la violación constitucional; por lo tanto, reposemos en su última fracción (III), que se trate de actos de difícil reparación los daños y perjuicios que se le causen al agraviado, aquí vale detenernos un poco a ubicar un elemento de procedibilidad general en la teoría cautelar, la afectación<sup>52</sup> a las libertades fundamentales es obvia, así como también que el transcurso del tiempo empeorará la situación de discriminación, haciendo nugatoria la acción positiva establecida en la ley educativa. Este elemento de obviar la lesión constitucional se actualiza, por lo que de la lectura gramatical se desprende entonces la posibilidad de concederse la tutela preventiva,

---

<sup>52</sup>Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés

Ibáñez y Andrea Grappi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 15 y ss.



incluso invocando la jurisprudencia constitucional por contradicción de tesis 15/1996 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ya que es más grave el caso en referencia que levantar los sellos de clausura de un negocio comercial.

Por último, respecto a la suspensión provisional, el artículo 139 de LA señala que el efecto cautelar será mantener las cosas en el estado en que se encuentren hasta en tanto se notifique a la autoridad responsable, la resolución de la suspensión definitiva una vez concluido el incidente de suspensión, lo cual concentra la medida en un carácter lamentablemente conservativo. Ello depara un lapso de tiempo dañino para el titular de las libertades constitucionales afectadas, es necesario reformular esta etapa procesal cautelar en la LA, y ojalá la

misma magistratura constitucional federal lo enmiende con criterios progresistas. Imagine usted, otro supuesto donde una convocatoria de una Universidad pública determine que sólo podrán registrarse aspirantes de escuelas del estado, por lo que los estudiantes de otras entidades federativas no podrán registrarse a los trámites, sin duda alguna se trata de conductas reprochables de autoridades administrativas que requieren la pronta respuesta efectiva de los tribunales de amparo, de lo contrario se alegará un cambio de situación jurídica por haber transcurrido el período de registros, en consecuencia podría sobreseerse el contencioso constitucional, dejando al aspirante que tuvo la desgracia de vivir en otro rincón de su propia patria esperando un año más... a ustedes dejen la última palabra.



## CONCLUSIONES

*Primera.*-La división de poderes implica el establecimiento de controles reales entre los órganos de gobierno, por lo que el rol constitucional de los Tribunales no debe concebirse de manera ortodoxa, ya que no es simplemente la boca de la ley. Hoy queda constatado que la *judicial review* es un elemento condicionante de un Poder Judicial fuerte en una democracia más fuerte, ya que lo más importante es que los ciudadanos puedan gozar de una tutela efectiva de sus derechos fundamentales. Asimismo, la administración de gobierno que se incrementa constantemente invade cada vez más las zonas de los gobernados, lo que propicia muchas veces injerencias indebidas que hace necesario ensanchar los instrumentos de control judicial de sus actos administrativos,

legislativos y judiciales; ningún acto de los poderes públicos debe quedar exento de fiscalización procesal.

*Segunda.*- Las providencias cautelares son un instrumento del proceso jurisdiccional para asegurar que la materia litigiosa pueda ser eficaz al momento del arribo de la providencia definitiva, deben pues resguardarla durante la sustanciación del contencioso judicial. Éstas forman parte implícita del reconocimiento constitucional y del reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de la tutela judicial efectiva.

*Tercera.*- La tutela cautelar ha experimentado transformaciones importantes respecto a los efectos procesales de la misma, ya que se ha reforzado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional la posibilidad de la adopción de



providencias provisionales que permitan la anticipación de la tutela para que los consumidores del servicio de la justicia no sufran daños y perjuicios graves que puedan hacer difícilmente reparables sus prerrogativas humanas. Esta posibilidad debe observarse prudentemente como una medida de excepción al congestionamiento lamentable que experimenta la administración de justicia en nuestro país.

*Cuarta.-* La suspensión en el proceso de amparo tiene una naturaleza jurídica de providencia cautelar, ya que constituye el instrumento para obviar el daño temido en las libertades fundamentales durante el transcurso del proceso constitucional. La doctrina y la jurisprudencia constitucional (contradicción 15/1996) mexicana se

ha orientado en este sentido, por lo que se le ha reivindicado con las inquietudes de nuestros pensadores decimonónicos que había manifestado su preocupación por el reducido tratamiento otorgado a los efectos de la suspensión, conservativos, lo que no era correcto, ya que en ciertos casos se requiere, como en la actualidad, de restituir inmediatamente los derechos constitucionales, de lo contrario se colocaría al ciudadano en la posibilidad que haber acudido a una garantía constitucional quimérica. Las providencias cautelares innovativas fueron pensadas pues, en un primer término por la doctrina constitucional del siglo XIX.

#### **FUENTES DE CONSULTA**

AA.VV, La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, tercera edición, México, Cárdenas, 1989.



# UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

- Barak, Aharon, *The Judge in a democracy*, USA, Princeton University Press, 2006.
- Bartolomé Cenzano, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, CEPC, 2002.
- Bidart Campos, Germán, *El Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985.
- Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, México, Trillas, 1990.
- El amparo mexicano, México, Cárdenas, 1971.
- Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, cuadragésima primera edición, México, Porrúa, 2005.
- Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003.
- Castro, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, tercera edición, México, Porrúa, 1998.
- Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Mariano Ayerra Merín, Buenos Aires, Librería El Foro, 1997.
- Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.



# UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

- Couto, Ricardo, Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo, segunda edición, México, Porrúa, 1957.
- Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, traducción de Andrés Perfecto Ibáñez y Andrea Grappi, Madrid, Trotta, 1999.
- Fix Zamudio, Héctor, El juicio de amparo, México, Porrúa, 1964.
- Ensayos sobre el Derecho de amparo, tercera edición, México, Porrúa, 2003.
- La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, Civitas-UNAM, 1982.
- García de Enterría, Eduardo, Democracia, jueces y control de la administración, quinta edición, Madrid, Civitas, 2000.
- La batalla por las medidas cautelares, segunda edición, Madrid, Civitas, 1995.
- García Morelos, Gumesindo, "El control judicial de las leyes y los derechos fundamentales", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero-junio, 3, 2005.
- Góngora Pimentel, Genaro, La suspensión en materia administrativa, sexta edición, México, Porrúa, 2001.
- Guarnieri, Carlo and Patricia Pederzoli, The Power of Judges. A comparative study of Courts and Democracy, USA, Oxford University Press, 2003.



- Landa, César, Estudios sobre Derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2006.
- Lazzari, Eduardo de, Medidas cautelares, segunda edición, La Plata, Editorial Platense, 1995, dos tomos.
- Martínez García, Hugo, La suspensión del acto reclamado en materia de amparo, México, Porrúa, 2005.
- Mitidiero, Daniel, Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, traducción de Renzo Cavani, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Morello, Augusto Mario, Anticipación de la tutela, La Plata, Editorial Platense, 1996.
- Moreno Cora, Silvestre, Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales, México, La Europea, 1902.
- Noriega, Alfonso, Lecciones de amparo, cuarta edición, México, Porrúa, 1993, dos tomos.
- Peyrano, Jorge Walter (director), Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- Medidas autosatisfacitivas, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Medida innovativa, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- Polo Bernal, Efraín, Los incidentes en el juicio de amparo, México, Limusa, 1994.
- Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, traducción de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992.



# UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

Stone, Alec, *Governing with judges*, USA, Oxford University Press, 2000.

Schwartz, Bernard, *Constitutional Law. A Textbook*, second edition, USA, Macmillan, 1979.

SCJN, *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, México, SCJN, 2005.

Serra, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

Tron Petit, Jean Claude, *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, primera reimpresión de la primera edición, México, Themis, 1997.

Vallarta, Ignacio L., *Obras*, edición facsmiliar de 1894, México, Porrúa, 1989, tomo I.

--*Obras*, edición facsimilar de 1881, México, Porrúa, 1989.

Vallefín, Carlos Alberto, *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2002.

Vega, Fernando, *Nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales*, edición facsimilar de 1883, México, Miguel Ángel Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 1987.