

Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho

Tesis

La suspensión en el juicio de amparo. Un instrumento vivo

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:

Carlos Alberto Sánchez García

Dirigido por:

Dra. Itza Livier García Sedano

Querétaro, Qro. abril de 2021



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho

Tesis

La suspensión en el juicio de amparo. Un instrumento vivo

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:

Carlos Alberto Sánchez García

Dirigido por:

Dra. Itza Livier García Sedano

Dr. Itza Livier García Sedano

Presidente

Dr. Ramsés Montoya Camarena

Secretario

Dr. Édgar Pérez González

Vocal

Dr. Josué Castro Puga

Suplente

Dr. Juan Alberto Pichardo Hernández

Suplente

Centro Universitario, Querétaro, Qro.

Fecha de aprobación por el Consejo Universitario abril 2021

México

DEDICATORIA

Para Coco, mi madre

Para Miriam, mi esposa

Dirección General de Bibliotecas UAQ

AGRADECIMIENTOS

Una vida no será suficiente para agradecerte todo lo que has hecho y sigues haciendo por mí, Coco. El principal esfuerzo a lo largo de los años lo hiciste tú, a esos esfuerzos les debo todo. Quiero que al inicio de estas páginas quede constancia de lo mucho que te quiero; pero, sobre todo, de la gran admiración que tengo por ti. Muchas gracias, mamá.

En estas líneas iniciales quiero agradecer a Miriam, mi esposa. Sé muy bien que para que esto se pudiera escribir era necesaria tu ayuda, cariño y una muy alta dosis de tu paciencia. Durante todos estos años mi principal aliento has sido tú. Tengo mucho más que agradecerte de lo que estas palabras pueden mostrar; para ti, siempre, mi gratitud será eterna. Te amo.

Mi hermana Alma y Sofía, mi sobrina, son dos de las luces que brillan en mi vida. Han ido de la mano conmigo todos estos años de trabajo y de estudio, me han ayudado cada día a ser mejor persona. A las dos: muchas gracias.

A mi familia, tías, tíos, primos y primas les agradezco siempre estar a mi lado, ayudarme y tenerme la paciencia que sé que es necesaria para conmigo. A todos ustedes: muchas gracias. Una mención especial tienen mis abuelos: Lola y Pato, ellos fueron parte importante de toda mi vida, me educaron e hicieron de mí una mejor persona. Ahora que los dos ya no están quiero que estas palabras les lleguen con el viento como una muestra de mi cariño y gratitud hacia ustedes.

Todos elegimos a las personas que están a nuestro lado y que llamamos amigos, la deuda con ellos también es grande. Por ello, quiero que estas líneas dejen constancia de mi agradecimiento, aprecio y profundo respeto a mi gran amigo Alejandro Foyo, a ti, gracias por la enorme confianza que tienes en mí y por siempre embarcarte conmigo en las búsquedas y aventuras que trazamos para un mejor futuro. Al final, pero no por ello menos importante, le agradezco a Livier García, mi amiga y que, también, funge aquí como directora de tesis, quien me ayudó a que estas páginas vieran su final y me animó en cada etapa, muchas gracias.

Resumen:

Esta tesis se centra en la suspensión en el juicio de amparo desde una perspectiva constitucional; es decir, no tiene un objetivo descriptivo de la regulación de la misma a nivel de la legislación ordinaria. Se analiza la suspensión centrándome en la forma en la que actúa en los juicios de amparo indirecto pues, como se expondrá, las variantes de la suspensión llamada de oficio y de plano y de la suspensión en amparo directo no son una medida cautelar. Se estudia a la suspensión a partir de las ideas que subyacen a las tutelas diferenciadas, a la tutela cautelar en general y al derecho fundamental a la efectividad de la justicia. Se repasan los elementos indispensables para la toma de decisiones con respecto a la tutela cautelar y cómo es que los sesgos y heurísticos impactan en los jueces. Finalmente, sobre la base de esas ideas se muestra una alternativa interpretativa de la suspensión desde la teoría del *living constitutionalism*; para con ello, desterrar de la suspensión aquellas viejas clasificaciones de la llamada teoría de los actos en el juicio de amparo.

Palabras clave: suspensión, juicio de amparo, tutelas diferenciadas, tutela cautelar, precedentes, *living constitutionalism*.

Summary

This thesis focuses in the suspensión inside the writ of amparo from a constitutional perspective. Namely, this work it does not have a descriptive goal of the legal regulation for this kind of wrighth. We will analyze the suspensión focused in the way that it acts in the amparo indirecto trail; since, as We will explain, the variants of the suspensión called de oficio y de plano and the suspensión under amparo directo are not a preliminary injunctions. We will analyze the suspensión based on the ideas that underlying ideas of differentiated guardianships, preliminary injunctions in general and the fundamental right to the effectiveness of justice. I review the key elements for decision-making regarding precautionary protection and how biases and heuristics impact judges. Finally, on the basis of these ideas, We will show an interpretative alternative of the suspension from the perspective of the theory of living constitutionalism, to banish from suspension those old classifications of the so-called theory of acts in the writ of amparo.

Keywords: constitutional preliminary injunctions, writ of amparo, differentiated guardianships, preliminary injunctions, precedent, *living constitutionalism*.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I. Delimitación.....	10
1.1. La suspensión de oficio y de plano.....	12
1.2. La suspensión en amparo directo.....	17
Capítulo II. La suspensión y los derechos.....	19
2.1. ¿Qué protege la suspensión?.....	20
2.2. Suspensión, jueces y los derechos.....	21
Capítulo III. Medidas cautelares y suspensión.....	29
3.1. Tiempo y amparo.....	29
3.2. Tutelas diferenciadas.....	35
3.3. Tutela cautelar y suspensión.....	40
Capítulo IV. La decisión cautelar.....	51
4.1. Heurísticos y sesgos.....	52
4.2. Decisión sobre la cautelar.....	59
4.3. Decisión sobre la suspensión y heurísticos.....	61
Capítulo V. Los actos reclamados.....	65
5.1. Taxonomía de los actos reclamados.....	67
5.2. Las reglas de la clasificación.....	75
5.3. Un funeral para la clasificación.....	83
Capítulo VI. Los precedentes en el juicio de amparo y la suspensión.....	86
6.1. El precedente y la jurisprudencia.....	87
6.2. La jurisprudencia desatada.....	96
6.3. El precedente y la suspensión.....	102
Capítulo VII. La suspensión viva.....	105
7.1. ¿Un método?.....	108
7.2. La suspensión como un árbol vivo.....	117
Conclusiones.....	132
Bibliografía.....	135

INTRODUCCIÓN

1. TEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Esta investigación es acerca de la suspensión en el juicio de amparo. El punto de inicio será la regulación constitucional de esa figura y la limitación de la misma a la suspensión en el juicio de amparo indirecto. El objetivo principal es ofrecer una visión alternativa de la suspensión como tutela al servicio de los derechos y cuál puede ser la interpretación que le dé mejor luz.

Buena parte de los trabajos, libros, artículos que abordan el tema de la suspensión en el juicio de amparo lo hacen de manera descriptiva; es decir, se centran en la regulación normativa de esa figura en el juicio de amparo y, en la mayoría de los casos, se hacen amplias referencias a la jurisprudencia sobre la misma para mostrar cómo ésta funciona en el foro de los tribunales. En lo general, describen como funciona la suspensión en el juicio de amparo en un momento determinado.

Esta investigación parte de un punto distinto del enfoque; el objeto no es descriptivo de la regulación de la suspensión en el juicio de amparo; ni de cómo la jurisprudencia ha dado cuenta de ella, de sus supuestos de procedencia o de sus modalidades. A partir del objetivo principal se examinará la finalidad de la suspensión en los juicios de amparo. Se destacarán las justificaciones sobre las tutelas cautelares y formas en las que operan para, posteriormente, centrarse el análisis en las tutelas diferenciadas. Se hará una evaluación de cómo se efectúan las decisiones sobre la suspensión y los males que se presentan. Finalmente se construirá una alternativa de interpretación que dará mejor cuenta de la suspensión como tutela de los derechos.

De esa forma, esta será una investigación cualitativa que permite establecer con precisión las categorías constitucionales sobre la suspensión como una tutela cautelar, su enfoque como tutela diferenciada y una forma alternativa de interpretación que dé cuenta de las caracterizaciones anteriores. Como tal, la investigación es documental, que recopila material sobre la materia de la investigación y analiza el mismo.

2. PROBLEMA

La actual regulación constitucional de la suspensión recogió la noción de que ésta figura es una cautelar; sin embargo, los análisis descriptivos que se hacen de la misma siguen dando cuenta de la suspensión desde ópticas que anclan a esa figura a ideas construidas para una realidad distinta.

A pesar que nominalmente se acepta, sin más reflexión, que la suspensión es cautelar, los autores que tratan éste tema siguen describiéndola bajo categorías que no sirven para dar cuenta de su nueva concepción; a la par, las decisiones de los jueces y el propio sistema de jurisprudencia sigue empleando referencias a un sistema de decisión basado en esas categorías. En lo general la aceptación se ha reducido a reducirla a su descripción como medida cautelar; pero, ha dejado de lado que es necesario estudiar a la misma como una tutela cautelar y no una cualquier, sino una tutela que responda a las necesidades de los derechos. En suma, la doctrina y la práctica siguen trabajando con ideas que no son propias de una tutela cautelar, ni deben de servir para analizarla.

Lo anterior repercute en las decisiones que a diario toman los jueces y los distintos operadores de esa figura. El marco de referencia de sus decisiones, comúnmente, los remite a esas categorías construidas para una suspensión que existe con otras características a las que sirvieron para construir esas ideas.

3. HIPÓTESIS

La suspensión no está siendo tratada como una tutela cautelar que busca proteger derechos; las ideas y categorías con las que se describe y decide sobre la misma limitan su función. Existe una alternativa interpretativa, que da cuenta de lo anterior, y permite que la suspensión pueda adquirir la viabilidad necesaria para cumplir con su función como una tutela al servicio de los derechos.

4. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Por principio, será necesario hacer algunas precisiones sobre la generalidad de la suspensión en el juicio de amparo y las figuras que bajo ese manto se encuentran comprendidas. Una vez sentado lo anterior, acotaremos las razones por las que, se considera, algunas de esas figuras no forman parte de las tutelas cautelares y se mostrará que son cosas diversas. De estos puntos serán los que se ocupa el capítulo I de esta investigación.

A continuación se efectuará un análisis del objeto de la suspensión, ¿qué es lo que protege? Esto es de gran relevancia pues marca los posteriores desarrollos de esta investigación. El ámbito de protección de la suspensión es el basamento de la misma y el que le da su significado. Cualquier construcción acerca de la suspensión en el juicio de amparo tiene que partir del objetivo que tiene esa tutela. Por consiguiente, el capítulo II se ocupará de qué es lo que protege la suspensión, con un breve esbozo a cómo las tutelas deben de moldearse sobre las bases de los derechos.

El capítulo III enmarca a la suspensión como una tutela cautelar y mostrará porqué es que debe ser así. Para ello, pasaremos por algunas de las nociones acerca del tiempo en los procesos y del mismo en el juicio de amparo. Posteriormente será necesario detenerse en las nociones de tutela cautelar a partir de las caracterizaciones que brindan las tutelas diferenciadas. Con ello, será posible explorar a la suspensión en el juicio de amparo de la mano de esas ideas para mostrar una cara distinta a la que tradicionalmente se le ha dado.

Como cualquier tutela la suspensión depende, en gran medida, de lo que los jueces decidan sobre la misma, cómo lo decidan y a qué marco de referencia miren para tomar esas decisiones. El capítulo IV muestra algunas de las cuestiones que influyen en la toma de la decisión sobre la suspensión; sobre todo, considerando que antes se caracterizará como una decisión que debe ser basada en cognición sumaria.

Las decisiones sobre una suspensión trabajan con grandes cantidades de insumos provenientes de la jurisprudencia; muchas decisiones se basan o se refieren a ella para adoptar

una decisión u otra. Dentro del capítulo V se mostrará como esas jurisprudencias fueron elaborando un sistema de categorías que desarrollaba una taxonomía de los actos que podían ser objeto de la suspensión. A la par, con el desarrollo de esas clasificaciones, se evidenciará que la suspensión era vista desde la óptica de un sistema de decisiones basados en reglas.

Con lo que se expondrá en el capítulo anterior será necesaria la referencia a los sistemas de precedentes para poder responder a la interrogante: ¿la jurisprudencia en México es un sistema de precedentes? A partir de lo anterior, se podrá constatar si contamos con un sistema de precedentes y cómo es que éste opera, los problemas que presenta y las razones en que se basan. A grandes rasgos ese será el objetivo del capítulo VI.

El capítulo VII es una propuesta que, considerando los capítulos anteriores, las ideas que se mostrarán en los mismos y los problemas que se habrán explorado, dará cuenta de una versión interpretativa de la suspensión que permita lidiar con la regulación actual y mostrar a la suspensión bajo su mejor luz. Entonces, la idea es mostrar porqué esa vía interpretativa de la suspensión es una solución a los problemas que se mostrarán previamente y cómo a través de la misma la suspensión adquiere una vitalidad que le permita cumplir con sus objetivos y fines. La interpretación que se propondrá irá de la mano de las ideas que miran a los textos constitucionales como instrumentos vivos.

La idea central sobre la que gira todo lo anterior es ésta: la suspensión debe poder ser un instrumento que concrete la protección de los derechos constitucionales que el juicio de amparo busca proteger, para ello, debe poder adaptarse a las distintas y cambiantes situaciones en que esos derechos pueden verse afectados. Al final de éstas páginas, amable lector, demostraremos la vía para hacerlo.

CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN

*Tal vez sea justo que las palabras
no contengan nada, o casi nada.
Que su contenido sea cuando menos, variable.*

Valeria Luiselli

La Constitución juega un papel central en los Estados democráticos modernos; miles de páginas y tinta se han empleado para su análisis, su historia, sus funciones, su creación, su enmienda, su aplicación y sobre su interpretación. Un par de palabras, enmarcadas en el texto de una constitución, pueden dar lugar a centenares de explicaciones, interpretaciones y una muy amplia variedad de aplicaciones.

Las siguientes páginas se dedicarán al análisis de algunas palabras de nuestra constitución y la forma que mejor se pueden interpretar. Es decir, será una propuesta interpretativa de nuestra Constitución: una que se da en clave de ver a ese texto como un instrumento vivo y en constante evolución.

El objeto en concreto es la figura de la suspensión en el juicio de amparo. En específico el primer párrafo de la fracción X del artículo 107. Ese párrafo es el basamento constitucional de la suspensión en el juicio de amparo en la vía indirecta y son las palabras que marcan las interpretaciones que de esa figura pueden generarse.

En este momento sólo se puede anticipar algo en lo que más adelante nos detendremos: que la suspensión es una medida cautelar en procesos constitucionales. Puede que parezca algo obvio lo anterior; sin embargo, es lo que da pie para detallar una cuestión de suma importancia: es una de las pocas, quizá la única, medida cautelar que se encuentra expresa en el texto de alguna Constitución¹.

¹ Nuestra Constitución no sólo contempla a la suspensión como una medida cautelar constitucionalizada; el artículo 16 constitucional contempla, también, al arraigo en materia penal. FIX-Zamudio, hace ya varios años daba cuenta de esa cuestión atípica en su libro: *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, IJ-UNAM, 1974, pp. 89-91.

Se tiene que mencionar, además, que este trabajo al ocuparse de ese párrafo de la Constitución y su interpretación se habrá de referir, casi en exclusiva, a la interpretación que sobre el mismo ha ido construyendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto se debe al carácter terminal que tienen los fallos de la Corte y a la vinculatoriedad que tiene su interpretación con respecto al resto de los órganos jurisdiccionales del país.

Debido a la limitación del objeto, también será necesario excluir, casi por completo, el análisis descriptivo de las regulaciones procesales en la legislación ordinaria de la suspensión. Con algunas excepciones que, en todo caso, servirán para observar la problemática interpretativa de esa figura y algunos puntos nebulosos que impactan la viabilidad de las previsiones constitucionales en la realidad.

Desde luego, lo anterior delimita el objeto de los siguientes párrafos y, con ello, obliga a justificar las razones de esa elección. A la vez, se vuelve indispensable lanzar una mirada somera a las formas en las que el legislador ordinario reglamentó esa figura y las modalidades que en la legislación ordinaria se crearon a tal efecto.

En la vigente legislación que rige al juicio de amparo hay tres modalidades distintas acerca de la suspensión: las que se dictan en el marco de un amparo indirecto, la suspensión de oficio y de plano (en la que se incluyen ciertos actos en materia agraria) y la suspensión en amparo directo.

Este trabajo aborda en exclusiva, sobre la suspensión en el juicio de amparo indirecto -que es la regulada en la primer párrafo de la fracción X del artículo 107- por una razón en particular: es la única que es una medida cautelar y, por consiguiente, para la que es útil la interpretación que propondré. Las demás modalidades de la suspensión, para quien escribe, no son medidas cautelares. Por tanto, para delimitar con detalle esa exclusión se expondrá, brevemente las razones en que se apoya esa afirmación y la necesidad de su exclusión.

I.1. LA SUSPENSIÓN DE OFICIO Y DE PLANO

Esta es una figura que no aparece expresa en el texto constitucional vigente. Se trata, por tanto, de una creación del legislador ordinario al reglamentar la suspensión en el juicio de amparo. Es una suspensión que opera solamente en algunos supuestos que fueron detallados por el legislador.

Los actos que ameritan son objeto de la suspensión de oficio y de plano son: los que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales.

Además, de los actos que en materia agraria también se enmarcan en esa procedencia: actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a los núcleos de población ejidal o comunal.

Esos actos que, en principio, parecen limitados han sido ampliados por la vía interpretativa para extender su alcance. Un ejemplo destacable de ello son los actos en los que la afectación se desencadena en materia de derecho a la salud². Aún cuando es bastante destacable ese ejercicio interpretativo; ello no cambia que esa modalidad no sea cautelar y, por consiguiente, siga alejada del objeto de este trabajo.

Decir que esa suspensión no es cautelar ha sido una opinión, hasta ahora, no mayoritaria. Por el contrario, en forma reciente la Primera Sala de la Suprema Corte ha sostenido que es

² Al respecto véase el fallo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 42/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 69, Agosto de 2019, Tomo II, página 1252.

modalidad de la suspensión es una medida cautelar³; aunque, es pertinente decir que: se le atribuye el carácter cautelar a la misma pero no se ofrecen razones para estimarla como tal. Esto conduce a pensar que, quizá por inercia, se mantenga la idea de que la suspensión de plano es cautelar.

Por otro lado, hay quien sostiene una aproximación opuesta: que la suspensión de plano no es cautelar. Un ejemplo está en el análisis que de esa figura hace José Manuel de Alba de Alba; él es tajante en decir que no se está en presencia de una medida cautelar. Veamos las razones que apunta para ello.

Para De Alba la suspensión de plano no se rige por los supuestos de procedencia de la suspensión en general; no es incidental (instrumental) como las cautelares; para él esa modalidad de la suspensión obedece a un fin en sí mismo, es decir, no está al servicio de la sentencia dictada en la acción principal de amparo.⁴ Ese fin lo ubica como la anulación de los actos prohibidos. Además, siguiendo las ideas del propio De Alba, tampoco tendría las características de ser provisional. Una vez dictada no existe una decisión posterior que la convalide o que la llegue a revocar;

Para él mismo, esta modalidad no se rige por la apariencia del buen derecho -aunque admite una relación mínima-, en esta sólo se tiene que constatar la existencia de actos prohibidos por la constitución (actos a los que se refiere la procedencia de esa modalidad) y la necesidad de que sean suprimidos. En su concepción se trata de un acto procesal de previo y especial pronunciamiento.⁵

Ese autor, además, sostiene que en esa modalidad de la suspensión de plano no tiene efectos conservativos, restitutorios ni innovativos. En sus palabras:

³ Véase la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 367/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I, página 809.

⁴ DE ALBA De Alba, José Manuel, *Suspensión de oficio de plano contra actos prohibidos de discriminación previstos en el artículo 1º constitucional (prohibición de bodas entre parejas del mismo sexo)*, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número especial, 2014, p.58

⁵ *Ídem.* p. 59.

«Si la suspensión de plano se determinó contra actos prohibidos en la Constitución, se está ante actos ilícitos, los cuáles no tienen efectos jurídicos, por ende, los efectos de la suspensión de plano sólo son: constatar su inexistencia o nulidad y declararla, esto es, no hay nada que conservar, restituir o conceder»⁶.

Finalmente, De Alba relaciona los efectos de la suspensión de plano con la teorías de las nulidades; es decir, que los actos que hacen procedente esa suspensión son, en realidad, actos con nulidad absoluta. La ilicitud de esos actos -derivada de su prohibición constitucional- es lo que lleva a la nulidad de los mismos. En ese contexto, el autor sostiene que esa modalidad de la suspensión es, en realidad, un proceso de previo y especial pronunciamiento para declarar la nulidad de esos actos vedados.⁷

La idea que propone ese autor, compartida en lo general, pone en evidencia que la suspensión de plano no es un instrumento cautelar. Por el contrario, el énfasis que De Alba pone en que esta modalidad tiene un fin propio me parece por demás acertado y se comparte; aunque, por otro lado, discrepo de la idea de ese autor acerca de que la suspensión tiene únicos efectos de una declaratoria de nulidad absoluta.

La suspensión de plano no busca que la llamada “materia del juicio” se conserve, se restituya, ni se innove sobre ella; persigue un único fin: la supresión inmediata de aquellos actos que, siendo tan significativos en el impacto en las personas, adquieren una característica propia anticipada al análisis de su constitucionalidad: la prohibición expresa o, en otras palabras, su inconstitucionalidad anticipada. Esto hace evidente que no tiene un fin instrumental al proceso principal y sí una finalidad propia de urgencia en la erradicación de esos nocivos actos.

El punto en que se discrepa con las ideas de ese autor se centra en que: para él la suspensión de plano se vuelve una decisión inmediata de nulidad absoluta sobre esos actos. Sin más, De

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ídem*. pp. 61-62.

Alba mira a los efectos que produce esa suspensión y a partir de ellos estima que esa modalidad de la suspensión sería un juicio sobre la nulidad absoluta de esos actos. A partir de esa decisión, los actos habrían dejado no sólo de producir consecuencias sino, inclusive: se asimilarían a la inexistencia⁸.

Seguir esa idea de De Alba haría que el juicio de amparo contra esa clase de actos fuera ya innecesario. Si la suspensión de plano declara la nulidad absoluta de esos actos prohibidos, en esencia, los erradica en un mismo momento volviendo inútil la cognición plena a través del proceso y de la sentencia de amparo. Ese, en esencia, es el punto en que discrepo. Considero que si bien la suspensión de plano no es cautelar; sí es una medida satisfactiva de urgencia.

Entender a la suspensión de plano no como una cuestión cautelar, sino que, verla como una medida satisfactiva de urgencia hace imperioso esbozar algo sobre lo que se habrá de volver más tarde: las tutelas diferenciadas. La tutela diferenciada es producto del reconocimiento de que no existe una única tutela jurisdiccional y que el proceso necesita mirar al derecho material que busca proteger. Así, las tutelas deben de modelarse a partir de las necesidades de protección de los derechos. Proto Pisani se refiere sobre el tema:

«...la tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente a las características de la situación sustancial necesitada de tutela, sino... es un quid extremadamente concreto que se modela -muchas veces de modo extremadamente articulado- sobre las particularidades y sobre las exigencias de tutela de las situaciones sustanciales aducidas en el juicio.»⁹

Las tutelas han de moldearse a partir del derecho que necesita protección. La Constitución - a través del derecho a la tutela judicial efectiva- no requiere cualquier clase de tutela, sino

⁸ MIRAMÓN Parra, Araceli, “Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico”, en *Cien años de derecho civil en México 1910-2010*, México, UNAM, 2011, p. 76.

⁹ PROTO Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, citado por PRIORI Posada, Giovanni, *El proceso y la tutela de los derechos*, Lima, PUCP, 2019, pp. 139-140

una que sea idónea para las necesidades que exija la protección de los derechos. En este caso la tutela en la suspensión de plano se modeló como una tutela de urgencia satisfactiva¹⁰.

La tutela de urgencia satisfactiva es una mejor forma de ver a la suspensión de plano. En algunas ocasiones la lesión o la amenaza de lesión de ciertos derechos -digamos los que se establecen como procedencia en la suspensión de plano- requiere una decisión inmediata. La ausencia de un remedio inmediato condena a que la afectación se vuelva irremediable. La tutela de urgencia satisfactiva es una respuesta a esa premura de actuación judicial.

La tutela de urgencia satisfactiva no requiere que exista un peligro en la demora; el retraso no es el problema en este caso, el remedio tiene que darse en forma inmediata y satisfacer de ese modo la necesidad de tutela de ciertos derechos. Se satisface en un momento y de forma inmediata la tutela pedida; es decir, se acoge la pretensión de quien la acciona y se le imprime un remedio veloz para proteger el o los derechos en liza. En este punto, también, se destaca de las medidas cautelares pues el dictado de la suspensión de plano guarda autonomía en relación con el demás proceso de amparo.

El que se satisfaga la pretensión con motivo de la urgencia, sin embargo, no condiciona el resultado futuro del proceso de cognición plena y; en contrapartida a lo que argumentaba De Alba sobre la nulidad de pleno derecho, la urgencia de satisfacción del derecho o los derechos en juego no conducen a la mera declaratoria de nulidad. El acto continua existiendo, por lo menos hasta el momento en que se declara su inconstitucionalidad en la sentencia del juicio principal.

Con lo anterior, se ha mostrado que la suspensión de oficio y de plano no es una medida que pueda predicarse como cautelar; por tanto, es que he dejado fuera del análisis que efectuaré de la suspensión en la que asumo que esta, por lo menos la que se dicta en los demás juicios de amparo indirecto, es una medida cautelar y que debe ser interpretada como tal.

¹⁰ También denominada: “medidas autosatisfactivas” con un claro origen en los procesos en materia de derecho civil y en general en el derecho privado. Véase: PÉREZ Gaipo, Julio, *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar*, Pamplona, España, Civitas Thomson-Reuters, 2018, pp. 178-183.

I.2. LA SUSPENSIÓN EN AMPARO DIRECTO

Otra de las modalidades en que el legislador ordinario diseccionó la suspensión es la que se sigue en los juicios de amparo directo. De nueva cuenta, se asume la postura de que esa clase de suspensión no es una medida cautelar.

El fin de un juicio de amparo directo es que sea analizada la legalidad de una sentencia. Excepcionalmente, también se puede combatir la constitucionalidad de normas generales; pero siempre con estricta conexión al acto reclamado en la vía directa, a saber, la sentencia.

El juicio de amparo directo o amparo contra sentencias judiciales absorbió las características del recurso extraordinario por excelencia: la casación. Esa vía de amparo se convirtió, de facto, en el último medio de impugnación como un recurso. Fix-Zamudio y Ovalle señalan respecto de los medios de impugnación:

«El sector más importante de los medios de impugnación está constituido por los recursos, es decir, por los instrumentos que se pueden interponer dentro del mismo procedimiento generalmente ante un órgano judicial superior, por violaciones cometidas tanto en el mismo procedimiento como en las resoluciones judiciales respectivas».¹¹

Al día de hoy, aun admitiendo que en los juicios de amparo directo se puede hacer control de la constitucionalidad de las leyes ya sea en forma concentrada o difusa, no difumina el carácter de recurso de esa vía del juicio de amparo. Evidentemente, si el objetivo y finalidad de la vía directa es el control de la regularidad de las sentencias se mantiene la noción de que se está en presencia de un recurso¹².

Partiendo de esa base, la suspensión que se da en los juicios de amparo directos obedece, también, a ese carácter de recurso del mismo. La suspensión busca impedir o paralizar la

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela, *Derecho procesal*, México, IIJ-UNAM, 1991, p. 105.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, IIJ-UNAM, 1993, pp. 109-112.

ejecución de una sentencia hasta que sea resuelto el juicio de amparo en la vía directa; es su única finalidad.

El impedir que sea ejecutada una sentencia no tiene que ver con las características de una medida cautelar y sí con los efectos de la interposición de los recursos. La interposición de un recurso lleva consigo los efectos suspensivo y devolutivo. En este caso nos interesa el efecto suspensivo que impide la ejecución de la sentencia hasta que sea fallado el recurso.¹³

El efecto suspensivo de los recursos tiene como objetivo: evitar una ejecución prematura de las sentencias y hagan fútil el fallo que habrá de ser dictado en el recurso¹⁴. La suspensión en amparo directo tiene esa misma finalidad; de ahí que esa figura sea la que más se asemeja al efecto suspensivo perfilado por la teoría general del proceso para los recursos en general.

Esto, desde luego, no es una novedad. Desde hace varios años atrás Fix-Zamudio ya había dado cuenta de ello; estas son sus palabras: «[d]e manera que más que una medida cautelar, en el sentido estricto del concepto, la suspensión en el amparo directo tiene estrecha relación con la situación jurídica que se plantea respecto a las sentencias apelables, que pueden serlo en ambos efectos (devolutivo y suspensivo...»¹⁵

En suma, como podemos ver la suspensión en amparo está alejada de las funciones de las medidas cautelares. Un mejor entendimiento es verla como parte del efecto suspensivo de los recursos pues; en suma, su única finalidad de esa: impedir la ejecución de una sentencia.

¹³ ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, IIJ-UNAM, 1972, p. 91.

¹⁴ FAIRÉN Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, IIJ-UNAM, 1992, p. 514.

¹⁵ FIX-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, IIJ-UNAM, 1993, p. 112.

CAPÍTULO II. LA SUSPENSIÓN Y LOS DERECHOS

*It is invariably sadder to look new eyes at things
upon which you have expended your own powers of adjustment*
F. S. Fitzgerald, *The great Gatsby*

Comencemos por algo que, a pesar de parecer obvio no lo es tanto. La suspensión¹⁶ en el juicio de amparo es una medida cautelar. No cualquier medida cautelar sino una que ha sido constitucionalizada y; además, es una medida que ha de emplearse como instrumento de un juicio que tiene como objeto la defensa jurisdiccional de los derechos humanos.

Todo proceso descansa en la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; es el derecho que permite reclamar y hacer efectivo, en caso de ser necesario, los demás derechos. Por desgracia la tutela jurisdiccional no es inmediata, el proceso y la cognición por parte del juzgador, más el contradictorio que tiene que suscitarse conllevan gran cantidad de tiempo. La demora propia del proceso lleva consigo varios problemas; por ahora concentrémonos en dos: los daños que se puedan producir por esa tardanza a quien ejerce el derecho de acción y a la alta probabilidad que la demora torne infructuosa a la sentencia. Las medidas cautelares nacen como una respuesta, procesal, a la demora que el mismo producía y a evitar los males brevemente descritos. Por ahora tendré que limitarme a señalar lo anterior, en el siguiente capítulo me referiré a mayor detalle sobre la tutela cautelar en la suspensión.

Como se dijo la suspensión es una medida cautelar en un proceso constitucional y a ese proceso es que le sirve de instrumento. Por tanto, para saber la relación que tiene la suspensión con los derechos hay que mirar al proceso principal, en este caso: el juicio de amparo y a partir de ello construir la relación que tiene la suspensión con los derechos.

¹⁶ En el capítulo I ya he expuesto las razones por las cuáles sólo me referiré a la suspensión en amparo indirecto y excluyo la suspensión de plano y la suspensión en amparo directo. Así, de ahora en adelante cuando emplee la palabra: suspensión; entiéndase que me refiero a la suspensión en amparo indirecto.

II.1. ¿QUÉ PROTEGE LA SUSPENSIÓN?

Las medidas cautelares tienen como finalidad paliar los efectos que el paso del tiempo tiene el derecho del que se ocupa el proceso. Dependiendo de cuáles sean los derechos de los que se ocupe el proceso principal es que las cautelares han de servir a ese fin. En términos generales podremos decir que la suspensión -como medida cautelar- busca proteger los derechos que se dirimen en el proceso de amparo. Con lo anterior, se vuelve necesario pensar en ¿qué es lo que protege la suspensión?

Para poder responder a esa interrogantes es necesario preguntarnos ¿qué protege el amparo? o, si se prefiere ¿cuál es la función del juicio de amparo? Ambas preguntas son el paso inicial para establecer la relación entre suspensión y derechos.

Regresemos un paso más atrás para poder dar avanzar después. El juicio de amparo es, primordialmente una garantía de carácter jurisdiccional. Es, muy someramente, el mecanismo de tutela constitucional por excelencia con el que cuentan las personas para hacer efectivos y exigibles los derechos humanos a los que refiere la constitución.

Es por ello, que es necesario mirar primero a la noción de la garantía jurisdiccional¹⁷. Al hablar de esa garantía tenemos que detenernos en la función jurisdiccional que es la que materialmente ejerce esa clase de garantía. En el Estado constitucional de derecho, esa función sólo puede ser entendida como aquella que dé efectividad a los derechos e intereses de los individuos. Peña Freire apunta:

«... la actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses lesionados. Es, por lo tanto, a partir de este principio que entendemos posible

¹⁷ Peña Freire ha efectuado un trabajo mucho más amplio sobre el concepto de garantía. Él analiza no sólo el concepto sino que detalla la función que tiene éste en el proceso de creación de las leyes (garantía legislativa) y la garantía directa frente a los actos de la administración; además, desde luego, la función de la garantía desde la óptima jurisdiccional. Es esa última función de la garantía que aquí me interesa. PEÑA Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 195 a 296.

la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir».¹⁸

Siguiendo las ideas de Freire, podemos decir que las garantías jurisdiccionales buscan difundir la constitución por el resto del ordenamiento jurídico a partir de los conflictos que los jueces deben de resolver. Incluso, en ciertos casos, a través de la solución de esos conflictos, el juez hará una corrección de aquellas manifestaciones de los demás poderes o de otros jueces que se alejen de esos derechos e intereses.¹⁹

Centrándonos en la función de las garantías jurisdiccionales en nuestro sistema constitucional; dice Ferrer-MacGregor que son los medios procesales que están dirigidos a reintegrar el orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado por el propio Estado o de particulares en situación de poder o privilegio²⁰.

Así entendido el juicio de amparo es una garantía jurisdiccional de la constitución y, también, la suspensión como medida cautelar de ese juicio es parte de esa garantía²¹. Una garantía que busca la protección del punto focal de la constitución: los derechos humanos de todas las personas. La persona, su dignidad y los derechos son ahora el centro del discurso que se construye a partir de la constitución²²; por tanto, su defensa se vuelve parte también primordial de ese discurso.

Partiendo de lo anterior, hay que mirar al objeto de protección de esa garantía que es el juicio de amparo. Esencialmente ese objeto está diseñado constitucionalmente en la fracción I del

¹⁸ *Ídem*, p. 229.

¹⁹ *Ídem*, pp. 245 a 252

²⁰ FERRER- MacGreor, Eduardo y Héctor Fix-Zamudio, “Las garantías constitucionales en México: 200 años”, en FERRER- MacGreor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Ciudad de México, Marcial Pons-IIIJ-UNAM, 2017, p. 247.

²¹ CARRILLO, Marc, “La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales”, en FERRER MacGregor Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo IV, Ciudad de México, IIIJ-UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, p.234.

²² COSSÍO Díaz, José Ramón, *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones*, Ciudad de México, FCE, 2018, p. 57.

artículo 107, a saber: la protección de los derechos e intereses legítimos reconocidos por la propia constitución. El objeto de protección son, por tanto, los derechos humanos; ya sea que los mismos se manifiesten como un derecho o como un interés legítimo acerca de ese derecho²³.

El objeto de protección del juicio de amparo sufrió un cambio significativo con las reformas de 2011 a la constitución en materia de derechos humanos y juicio de amparo²⁴. Cambios que tienen que leerse en su conjunto o, mejor dicho, las modificaciones a las bases constitucionales del juicio de amparo deben leerse en clave de derechos humanos.

El cambio, no sólo se trata de una cuestión de nomenclatura y dejar atrás las llamadas “garantías individuales”; sino abrió un amplio abanico de derechos de fuente internacional que ahora son tutelables a través de la acción de amparo. Se trata, en realidad de un catálogo intencionalmente abierto en el que se pueden ir sumando derechos: ya sean de fuente constitucional, convencionales o que sean producto del quehacer interpretativo de los tribunales²⁵.

Si esos derechos -o intereses legítimos acerca de esos derechos- son el objeto de protección del juicio de amparo y, como he dicho, la suspensión es el instrumento cautelar de ese proceso; el objeto de protección de ésta guarda identidad con el del proceso al que sirve de instrumento. Esto es, el objeto de la suspensión es la protección de los derechos e intereses tutelados a través del juicio de amparo.

Ese objeto de protección es el que da sentido a la existencia de la suspensión y es la manera de atenuar los efectos de la duración del juicio de amparo en los derechos que pretende

²³ No es materia de este trabajo la noción de interés legítimo para efectos del juicio de amparo; sin embargo, consideremos que la mayoría de los intereses legítimos llevan como trasfondo y fundamento un derecho humano y que la noción se emplea, en este caso, más como un aspecto procesal de legitimación. Al respecto véase: CRUZ Parceró, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, en *Inonomía*, No. 39, octubre de 2013, pp. 185-213.

²⁴ HERRERA García, Alfonso, “El objeto de protección del juicio de amparo” en CARBONELL (et. al.), *Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo III, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2015, p. 344.

²⁵ Ídem. p. 364-358.

proteger. La suspensión, así entendida, se convierte en el primer puente que une a los derechos con su protección y garantía jurisdiccional.

II.2. SUSPENSIÓN, JUECES Y DERECHOS

El sistema de derechos construido a partir de la constitución da pie a una postura amplia acerca de la protección de esos derechos. Es decir, la constitución ofrece la promesa de reconocer, pero además proteger una muy extensa variedad de derechos. El juicio de amparo y la suspensión se enmarcan en esa obligación protectora de esos derechos; una labor bastante compleja.

Para poder cumplir con esa labor es necesario que el juicio de amparo y su suspensión sean leídos en conjunto con los derechos que prometen proteger. A ambos debe de servirles como guía el propio derecho a la tutela judicial efectiva; derecho que es el derecho a reclamar los demás derechos.

Para el caso de la suspensión -con independencia de esa medida cautelar ha sido constitucionalizada- debe pensarse del mismo modo partiendo de la base de la efectividad de la tutela jurisdiccional. El anclaje constitucional de las cautelas, en lo general y desde luego que de la suspensión, está en la promesa del ordenamiento de tutelar los derechos y que esa tutela no sea cualquier sino una efectiva²⁶. Una tutela que evite los daños que la espera del proceso de amparo ocasione y que, además, permita que el fallo que ha de dictarse pueda cumplirse y no llegar a caer en que sea infructuoso.

Al analizar el sistema de justicia de nuestro país Cossío Díaz apuntaba con gran atino que:

«...en el momento en que los tribunales no son capaces, ya no digamos de mantenerse actualizados respecto a las relaciones sociales, sino de garantizar aquello que el propio

²⁶ PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 36-37.

sistema postura, los mismos órganos se vuelven un lastres para el derecho en su totalidad...»²⁷

Desde luego que si la promesa que ofrece el juicio de amparo y, por ende, la suspensión es la protección de esos derechos que pregona el propio sistema constitucional; es importante tener en mente que esa promesa no pueden ser palabras vacías. Los jueces tienen que ser capaces de viabilizar esos objetivos a través de los procesos que conocen.

El rol que juegan los jueces dentro del Estado constitucional de derecho es uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo: garantizar la limitación del poder a través del derecho²⁸. Sobre el papel de los derechos Jiménez Asencio señala: «...los derechos nacen, por tanto, con la finalidad de impedir que el poder se transforme en despótico o arbitrario, estableciendo una serie de frenos que actúan con mayor o menor medida como reglas institucionales que se deben respetar por parte de las instituciones públicas».²⁹

Los jueces tienen un papel protagónico cuando los demás poderes u otros jueces han fallado en la garantía de los derechos. Cuando los agentes del Estado deciden actuar y afectan y violan derechos; al igual que, cuando deciden no hacerlo y esa omisión produce esos mismos resultados los jueces están llamados a ser ese freno a la acción o esa palanca que impulse la acción.

Todos los poderes del Estado tienen una estrecha vinculación con esos derechos que se colocan al centro del sistema constitucional. Los derechos se vuelven el engrane principal del mecanismo que diseñó la constitución para el funcionamiento del Estado y la convivencia social. La posibilidad de volverlos efectivos a través de los tribunales³⁰ es, de hecho, una manifestación de esa vinculación y de la limitación del accionar, o incluso, una limitación a las omisiones de los agentes del Estado.

²⁷ COSSÍO Díaz, *op. cit.* p. 145.

²⁸ JIMÉNEZ Asencio, Rafael, *Los Frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, Marcial Pons-IVAP, 2016, p. 185.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ SAJÓ, Andrés y Renáta Uitz, *The constitution of freedom. An introduction to legal constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 396-399.

No podemos estancarnos en la idea de una limitación entendida exclusivamente como una cuestión negativa frente al Estado. Por el contrario, en muchas de las ocasiones el sistema de derechos pregona una gran variedad de derechos que no se protegen con una simple actitud negativa del Estado; es decir, no sólo se exige que no afecte directamente esos derechos sino que, en algunos casos, se requiere que actúe positivamente para realizarlos.

La distinción entre derechos negativos y positivos parece estar bien enraizada. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión como un ejemplo de la vertiente negativa de esa dicotomía. El Estado estará limitado de intervenir en la libre expresión de las ideas, no censurar las opiniones, ni imponer obstáculos que impidan su ejercicio -esta desde luego es una visión reduccionista para efectos del ejemplo-. Hasta aquí, todo parecería solucionarse con un Estado que lo que le impone ese derecho es no hacer.

Tomemos otro ejemplo de esa vertiente negativa de los derechos: el derecho a la propiedad. El Estado está limitado de interferir en la propiedad privada, no puede privar a alguien de ella y de sus bienes sin encontrar alguna de las justificaciones constitucionales para esa afectación. De nuevo, todo parece indicar que la limitación del accionar del Estado o, mejor dicho, que el Estado no haga nada será suficiente para entender que ese derecho está siendo respetado.

Vayamos al otro extremo de la dicotomía: los derechos positivos. Aquí entendemos que el Estado está conminado a hacer algo; a tomar acción para la realización de alguno de esos derechos. Tomemos como ejemplo el derecho a la salud; el Estado necesitará generar acciones para satisfacer ese derecho: creación de clínicas, hospitales, proporcionar medicamentos, intervenciones quirúrgicas y un largo etcétera de prestaciones que ese derecho implica. Aquí, todo apunta a que el Estado tiene deber de acción para con ese derecho; las condiciones mínimas que hemos descrito sobre el mismo llevan a un mismo punto: es necesario que el Estado gaste los recursos que dispone en la concreción de ese derecho.

Otro buen ejemplo de esa variante positiva está en el derecho a la educación. Para cumplir con ese derecho el Estado tiene que: construir escuelas, formar maestros, pagar a esos docentes, imprimir libros y, de nuevo, un largo etcétera. De nueva cuenta podemos ver que aquí el Estado se obliga a hacer y generar esas condiciones para que ese derecho sea efectivo.

La vertiente positiva de los derechos se ha asociado con una idea acerca de que esos derechos se circunscriben a prestaciones por parte del Estado para las personas. El Estado se ata a ser un ente prestador en cumplimiento a esos derechos; se trata, por tanto no sólo de su limitación en su margen de acción sino de su obligación de acción. Orbegoso al referirse a esa circunstancia dice: «... la actuación administrativa no se limita a ser una actuación de control o de restricción sino que por imperativo de la cláusula social lo que se espera de ella es una actuación positiva, una actuación prestadora».³¹

Esa vertiente positiva se ha asociado en gran medida a la efectividad de los llamados derechos sociales. Entendidos así, esos derechos requieren una ejecución material a través de prestaciones. Cada uno de esos derechos tendrá ciertos tipos de prestaciones y es con ellas que se garantizará los mismos. En suma, se piensa que esos derechos son protegidos por el Estado a través de una actuación positiva: prestaciones³².

Esa dicotomía, que parece inevitable, ha sido acogida en varias latitudes; incluso se dice forma parte de un modelo global de derechos constitucionales. El modelo es descrito por Kai Möller quien da cuenta de esa distinción entre derechos de corte negativo y derechos con un carácter positivo como parte de ese modelo y, por tanto, de ese entendimiento “global” acerca de los derechos y las funciones que tienen ya sea de limitar la acción o de inducir a la misma³³.

Hay quienes discrepan acerca de esa dicotomía entre derechos positivos y negativos. Sunstein y Holmes sostienen una postura distintas; para ellos, la dicotomía en realidad no existe; todos

³¹ ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018, p. 37.

³² *Ídem*. pp. 55-58.

³³ MÖLLER, Kai, *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 29-43.

los derechos son positivos. Todos los derechos -según estos autores- requieren el accionar por parte del Estado, ya sea en mayor o menor medida o inclusive sólo saber que está ahí para cuando el derecho requiera su protección³⁴. Estos autores refieren:

«Si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente ‘negativas’, como el derecho a no ser torturado por agentes de policía (...). Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar».³⁵

No existe algo como un derecho puramente de corte negativo. Para la protección de los derechos el Estado tiene que contar con una amplia maquinaria que los haga efectivo. Un ejemplo que emplean Holmes y Sunstein son los tribunales, los costos que estos generan para la hacienda pública para que los derechos que ante ellos se exigen sean cumplidos. Otro ejemplo es el aparato estatal que tiene que estar presto para la defensa de la propiedad de las personas y disuadir a otros de atentar contra esa propiedad³⁶. Todos los derechos exigen un gasto considerable por parte del Estado, todos, por consecuencia, se traducen en acciones positivas. Holmes y Sunstein concluyen:

«La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos».³⁷

³⁴ HOLMES, Stephen y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*; Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 32-33 y 63-64.

³⁵ *Ídem.* p. 64-65.

³⁶ *Ídem.* p. 64-68.

³⁷ *Ídem.* p. 69.

Este breve recorrido -por razones del objeto de este trabajo, también, muy breve- ha sido necesario para decir lo siguiente: el proceso de amparo y la suspensión deben privilegiar las acciones positivas acerca de los derechos y evitar aquella noción tan arraigada acerca de los derechos se protegen al paralizar la acción por parte de los agentes del Estado.

Con frecuencia, el punto relevante es que se le diga al Estado qué hay que hacer para lograr lo que pregona el derecho. La acción de amparo y la suspensión tienen que precisar que es lo que hará el Estado respecto al derecho que se dirime; qué exige el derecho para su garantía. Pensar que sólo podemos limitar la acción del poder a través del juicio de amparo y la suspensión se aleja de la finalidad que persiguen los derechos: generar ese bienestar individual y colectivo que pregonan esos derechos. Por consiguiente, quien escribe, se decanta por las ideas de Holmes y Sunstein, los derechos siempre tienen un carácter positivo que imprime al Estado acción para realizar los fines de esos derechos.

Habría que decir también, que los jueces deben de colocarse en una actitud que mire a los derechos y la necesidad de su satisfacción en el juicio de amparo; los derechos son los que modelan a ese proceso y no a la inversa. Lo mismo puede decirse con respecto a la suspensión: debe de servir de instrumento al proceso de amparo y, por tanto, a la efectiva protección de los derechos. De nueva cuenta, la suspensión debe ser modelada -incluido sus efectos- a partir de una visión sobre lo que el derecho que se dirime necesita para su protección.

Esa visión, se adapta de mejor forma a la realidad, partiendo de la noción activa por parte del Estado. Los derechos le imponen al Estado la necesidad de ser dinámico y accionar su maquinaria en forma constante o, incluso, sólo mantener la misma a la espera de que sea necesaria.

La relación que subyace entre la suspensión, los derechos y los jueces es irremediable, los derechos modelan la suspensión y las modalidades de tutela cautelar que ha de adoptar; los jueces tiene que modelar esa reacción para que los derechos que están siendo violados o potencialmente afectados se vean garantizados.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CAPÍTULO III. MEDIDAS CAUTELARES Y SUSPENSIÓN

*El tiempo, conforme a su
vieja costumbre, pasó*
Amelie Nothomb, Estupor y temblores

III.1. TIEMPO Y AMPARO

Los procesos constitucionales —las garantías jurisdiccionales de la constitución— han sido la forma en la que se ha buscado resolver un conflicto cuando, lo que está en juego, es una transgresión de la constitución por parte del propio Estado y en algunos casos de los particulares. El amparo es, en ese sentido, un proceso para la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos³⁸.

Con gran atino dice Bonilla López: «[e]l amparo es un instrumento procesal; más todavía, un instrumento para la restitución de derechos»³⁹. El mismo autor complementa esa frase advirtiendo que el objeto del amparo es: resolver una controversia (litigio, disputa) a través de un proceso que decidirá si la autoridad tocó en forma indebida los derechos de rango máximo de un individuo, cuando le impongan una afectación real y actual. A través de ese proceso, se busca desaparecer las cargas —contrarias a esos derechos— producidas en contra de ese individuo producto del actuar o de la omisión de la autoridad⁴⁰.

Hace ya bastantes años mencionaba Alcalá-Zamora: que el proceso es la mejor forma para resolver los litigios por la nota de imparcialidad que lo caracteriza y por la fuerza ejecutiva que el Estado da a las decisiones que en él se toman⁴¹. En el caso del juicio de amparo esas

³⁸ BREWER-Carías, Allan, *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado en América Latina*, Ciudad de México, Porrúa-IMDPC, 2016, p.1.

³⁹ BONILLA López, Miguel, *El amparo contra actos en juicio de ejecución irreparable*, Ciudad de México, IJF-CJF-MA Porrúa, 2019, p. 15.

⁴⁰ *Ídem*, pp. 16-19.

⁴¹ ALCALÁ-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ra. Edición, segunda reimpresión, Ciudad de México, IJ-UNAM, 2018, pp. 112-113.

observaciones son igualmente pertinentes; tan es así que el propio diseño del juicio de amparo está construido por esa noción de ser un proceso.

Ese mismo procesalista hizo la pertinente distinción entre proceso y procedimiento. Dice Alcalá-Zamora: «...todo proceso requiere para su desarrollo de un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso...»⁴² y continúa apuntando esa distinción al señalar que el proceso se caracteriza por su finalidad compositiva de un litigio y; por otro lado, el procedimiento son los actos coordinados y en marcha, relacionados entre sí por la finalidad del efecto jurídico final (que puede incluso manifestarse en el ámbito administrativo o legislativo)⁴³. Así, todo proceso requiere del diseño de un procedimiento que delimite los actos que tienen que coordinarse e incluso sucederse para poder llegar a un fin determinado: que puede ser una sentencia o alguna otra forma anormal de terminación del proceso — el sobreseimiento, por ejemplo—.

Como todo proceso, el juicio de amparo tiene diseñado un procedimiento específico desde su inicio hasta su finalización, para el caso que me ocupa: el diseño para encausar la vía indirecta de ese juicio. También, hay que decir que ese diseño es el de un proceso de cognición plena; es decir de un proceso que implica la realización del contradictorio —entre las partes, desde luego— de forma anticipada y que comprende: las alegaciones en las demandas y sus contestaciones —los informes para el caso del amparo o las alegaciones del tercero interesado—, la tipicidad de las pruebas y sus modalidades y los términos procesales para ejercer la defensa de cada parte⁴⁴.

Lo dicho hasta ahora pone en evidencia un problema: todos los actos que se han diseñado como el procedimiento para el juicio de amparo indirecto y; por lo tanto, del mismo proceso de amparo llevan tiempo, algunas veces bastante. Por el contrario, los actos u omisiones que podemos reclamar como una afectación a través del juicio de amparo implican una afectación real y actual; que está ya en curso o se habrá de materializar con certeza en un futuro. Para

⁴² *Ídem*, p. 116.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ PROTO Pisani, Andrea, La tutela sumaria en general, en PROTO Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2014, p. 324.

esas afectaciones el tiempo es algo esencial y de lo que se carece; tan esencial que el propio objeto del proceso se pone en vilo si el remedio no llega a tiempo. A ese problema es el que pretende atender la suspensión.

El proceso y su duración pueden ocasionar un daño marginal a quien necesita la tutela judicial de sus derechos. Proto Pisani apunta: «[l]a necesidad de servirse del proceso debido a la prohibición de autotutela privada puede entonces por sí misma, dada la duración en el tiempo del proceso, ser causa, o concausa, de daño para el actor que tiene la razón.»⁴⁵

El daño marginal que causa el proceso por el tiempo que se necesita para el mismo no puede quedar sin más atención. Dentro de la doctrina se ha construido —a partir de las ideas de Chiovenda— el llamado principio de indemnidad de la tutela. Ese principio implica que la necesidad de servirse del proceso no puede redundar en un daño para el actor que tiene la razón⁴⁶. El daño es producto de la insatisfacción del derecho que se reclama en juicio por la demora misma del proceso y el peligro que se pierda o vuelva imposible satisfacer ese derecho.

Al respecto señala Mitidiero que la integridad del derecho es incompatible con el tiempo del proceso; en sus palabras: «[t]odo el proceso se desarrolla con perjuicio a la parte que tiene la razón. En especial, ese perjuicio es aún más intenso si la parte que la tiene la razón sufre con el tiempo del proceso sin poder disfrutar del derecho del que es titular»⁴⁷. El mismo autor exponer que ese daño redunda también en un beneficio para la parte a la que no le asiste la razón⁴⁸.

Siguiendo esa misma idea podemos valernos de las palabras de Marinoni: «... el tiempo del proceso no es una carga que deba soportar únicamente el actor...» y continúa: «... la idea de que el tiempo del proceso debería entenderse como algo neutro, deriva de la suposición de

⁴⁵ PROTO Pisani, Andrea, La tutela cautelar (estructura y funcionamiento), en PROTO Pisani, *op. cit.* p. 385.

⁴⁶ PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 33.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel, *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, Madrid, Martcial Pons, 2013, p. 116.

⁴⁸ *Ídem*, p. 61.

que no será necesario tratar los derechos de forma diferenciada y de que el tiempo del proceso debería constituir una carga para el actor, como si él tuviera la culpa inherente a la cognición de los derechos»⁴⁹.

El tiempo ha de ser el factor que determine el surgimiento de la suspensión en el juicio de amparo; en este caso, el tiempo como un factor en contra de la efectividad de la tutela y un daño para quien pide la protección a través de ese juicio. La justicia que llega tarde simplemente ya no es justicia; las sentencias que son dictadas cuando los actos ya han afectado y, muchas veces cuando ya no pueden ser remediados a plenitud, se vuelven un simple papel sin sentido para quien la constitución prometía proteger sus derechos. Para todo quien acude al juicio de amparo el tiempo es un bien muy valioso. El físico Carlo Rovelli en su libro *El orden del tiempo* decía:

«Tal es el tiempo. Familiar e íntimo. Su furia nos lleva. Su apresurada sucesión de segundos, horas, años, nos lanza hacia la vida, luego nos arrastra hacia la nada... Lo habitamos como los peces habitan el agua. Nuestro ser es ser en el tiempo. Su arrullo nos alimenta, nos abre al mundo, nos turba, nos asusta, nos mece. El universo devana su devenir arrastrado por el tiempo, según el orden del tiempo...»

En aquel libro Rovelli explica, con fines de divulgación, que no hay un solo tiempo; esto desde una explicación científica desde el campo de la física. Lo cierto es que, dentro de un proceso, el tiempo tampoco es el mismo para quien tiene un derecho que está siendo vulnerado, no es el mismo tiempo para quien se beneficia de esa tardanza; ni tampoco para quien se mantiene ejecutando una carga sobre esa persona o para el juez mismo. Cada uno percibirá más rápido o lento el paso del tiempo. Las afectaciones que el tiempo les puede parar para todos serán distintas. Hay quien se perjudica con el paso del tiempo; pero también está quien se beneficia y, también, para quien puede no ser relevante. Cada afectación que sufra una persona será distinta; pero hay un rasgo común: el tiempo les es escaso y quisieran que corriera más rápido; hasta que la protección prometida por fin se vea cristalizada y deje de ser sólo un anhelo.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inhibitoria*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 102.

Con ello aparece la necesidad de que el tiempo no sea tenido como neutro en el juicio de amparo. No puede haber neutralidad en ese aspecto si la parte que acciona ese juicio reclama una afectación a sus derechos constitucionales y; por consiguiente, necesita de un remedio que viabilice la satisfacción de ese derecho. Por ello, para esa parte debe de tenerse que el tiempo le supone un peligro al derecho que reclama y; por tanto, que en la medida de lo posible es necesario que se parta de la idea de que esa daño se tiene que prevenir o paliar y no ser indiferente al proceso.

Ahora veamos algunos datos de la incidencia de cuánto tiempo toma en resolverse un juicio de amparo indirecto. A través de los censos nacionales de impartición de justicia federal el Instituto Nacional de Estadística y Geografía busca generar la información sobre el desempeño de los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación en materia de impartición de justicia. Para este caso esa información es valiosa pues esos órganos son los que conocen y resuelven los juicios de amparo que aquí interesan.

De acuerdo a los datos del censo nacional de impartición de justicia federal 2019 —que mide las estadísticas del año inmediato anterior, 2018— un juicio de amparo indirecto toma en promedio para su resolución 94 días naturales; habría que agregar que ese mismo juicio puede derivar en un posterior recurso de revisión, el cual promedió ese año de 157 días naturales para llegar a resolverse. En los casos en que un proceso de amparo indirecto necesite transitar por esas dos etapas tendremos que, en promedio, se habría resuelto en 251 días naturales; poco más de unos ocho meses⁵⁰.

El mismo censo correspondiente al año 2020 —que mide las estadísticas del año inmediato anterior, 2019— nos arroja los siguientes datos: un amparo indirecto se resuelve en promedio en 67 días naturales; un amparo indirecto en revisión se resuelve en 165 días naturales. Observemos que el primer dato decreció y el segundo incrementó con respecto a los datos

⁵⁰ MÉXICO: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censo nacional de impartición de justicia federal 2019. Presentación de resultados generales*, (documento web), 2019, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnijf/2019/doc/resultados_cnijf2019.pdf

del año anterior. Si ambos se combinan suman un promedio de 232 días naturales para que sea resuelto; poco menos de 8 meses⁵¹.

Con esos datos es válido decir que el juicio de amparo no es tan rápido como quisiéramos; pero, no debemos de dejar de lado que la construcción de la cognición plena sobre los actos que comprenden el universo de lo judicializable, a través de ese juicio, pueda o deba ser generada con tanta celeridad.

La reflexión de un juez para forjar su decisión requiere tiempo, para que conozca y sopesa las alegaciones de las partes, las pruebas y su valoración, los mismos actos u omisiones que se reclaman; todo ello con una finalidad: restituir los derechos que el amparo promete proteger. La formación de la convicción judicial no puede ser una tarea apresurada; el diseño del proceso y su procedimiento de actos concatenados buscan que el juez tenga todos los elementos necesarios para formar esa convicción y eso, obviamente, requiere tiempo.

La cuestión, de nueva cuenta, es que ese tiempo no puede constituir un daño para el quejoso que busca que le sea protegido alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos. Si el diseño del proceso y, del procedimiento que se sigue para lograr generar las posibilidades de una convicción judicial a partir del cognición plena, no pueden variarse; el mismo proceso debe predeterminar los instrumentos que impidan la materialización de ese daño.

Como dice Ortells el ordenamiento no puede permanecer indiferente al retraso que ocasiona el proceso en la satisfacción de un derecho y, señala que la tutela cautelar es la respuesta a esa demora que pueda volver infructuosa la sentencia⁵². Él mismo apunta:

«...la intermediación del proceso entre el momento en que, según el derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce

⁵¹ MÉXICO: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censo nacional de impartición de justicia federal 2020. Presentación de resultados generales*, (documento web), 2020, <https://www.inegi.org.mx/programas/cnijf/2020/#Tabulados>

⁵² ORTELLS Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, p. 37.

mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del derecho»⁵³.

La respuesta se ha dado en el seno del propio proceso a través de la creación de las medidas cautelares. En el caso del juicio de amparo la respuesta al problema del tiempo se da a través de la figura de la suspensión; entendida ésta como la medida cautelar diseñada para dar efectividad a la tutela que se busca a través de ese juicio.

La suspensión, aplicada buscando la efectividad de la justicia, permite evitar esos daños que produce el tiempo que toma el proceso sin tener que sacrificar la cognición sobre la tutela de los derechos. Para que la suspensión pueda lograr ese fin es necesario que la misma se moldee con un carácter de tutela diferenciada. Antes de entrar en la función, características y presupuestos de las tutelas cautelares y de la suspensión en el juicio de amparo; estimo oportuno hacer algunas precisiones acerca de ese carácter diferenciado.

III.2. TUTELAS DIFERENCIADAS

Hasta ahora se han empleado las palabras: medidas cautelares y tutelas cautelares, prácticamente como si se trataran de sinónimos. No obstante, en este punto es importante clarificar esa cuestión con fines de uniformidad, por un lado y, por otro, anclar a la suspensión como una tutela cautelar diferenciada.

La denominación más adecuada, siguiendo las ideas de Pérez Gaipo, es la de tutela cautelar. Bajo esa noción se engloba tanto el aspecto procedimental de las cautelares, es decir, los pasos necesarios que hay que seguir para obtener una resolución de esa clase y, a la par, la expresión concretizada de ese procedimiento: las medidas cautelares producto de la decisión judicial. Además de lo anterior, añade el autor, esta denominación recalca su función: tutelar y amparar los derechos que la tutela jurídica o jurisdiccional busca concretar⁵⁴.

⁵³ *Ídem*, p. 36.

⁵⁴ PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 61-62.

Bajo esa noción este instrumento se une al elenco de tutelas jurisdiccionales, claro, con los matices propios de la función. Como una tutela más se tiene que colocar al servicio de los derechos que busca proteger; es decir, tener un carácter instrumental respecto a esos derechos. Toda tutela obedece y debe modelarse a partir de las necesidades que presenten los derechos sustanciales que a través de ella se encauza su exigencia: esa es la nota distintiva del carácter diferenciado de la tutela.

La idea de una tutela diferenciada implica que cada una de sus manifestaciones debe responder, de modo diverso, en atención a las necesidades de protección de los derechos objeto del proceso.

Esta idea acerca de las tutelas tiene un origen en el libro *La jurisdicción constitucional de las libertades* de Mauro Cappelletti; en él se describía la necesidad de tener mecanismos procesales especiales para la tutela de los derechos individuales⁵⁵. Para lograr esa tutela se hace necesario que el proceso de adecue a las necesidades del derecho material.

Posterior a ello Proto Pisani fue quien se dedicó a mostrar que no puede haber un proceso único aplicable, sin más, a todos los derechos. Cada derecho tiene necesidades específicas que necesitan una tutela adecuada que los atienda. La tutela diferenciada implica la exigencia de que el legislador predisponga de una tutela adecuada a esas necesidades⁵⁶.

El mismo autor italiano explica que, para poder saber si una tutela cumple con ser efectiva, es necesario conocer el saldo entre las utilidades que garantiza el derecho sustancial y las utilidades que el proceso asegura. La función instrumental del proceso debe asegurar las mismas utilidades garantizadas por el derecho sustancial; para ello el proceso se tiene que

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, Lima, Palestra-IIIJ-UNAM, 2010.

⁵⁶ PROTO Pisani, Andrea, Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral, y PROTO Pisani, Andrea, Derecho sustancial y proceso, ambos en PROTO Pisani, *op. cit.* pp. 26-28 y 385.

articular de muy variadas y complejas formas⁵⁷. Sólo así podremos estar en presencia de una tutela efectiva.

Ahora, la necesidad de generar tutelas que respondan a las necesidades del derecho material que se busca proteger con el juicio, en el caso del juicio de amparo: los derechos constitucionalmente reconocidos, exigen que la tutela se guíe por completo bajo la noción del principio de efectividad o, si se quiere ver así, del derecho a la tutela judicial efectiva. La constitución exige no cualquier tutela, sino una que sea idónea para el derecho que necesita protección.

Al respecto, Marinoni dice: «... el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a la técnica procesal (...) capaz de permitir la efectiva tutela del derecho material»⁵⁸; es decir, para que exista un verdadero acceso a la justicia ésta no sólo puede ser formal; sino que ésta debe de idearse como la técnica adecuada para garantizar los derechos. El mismo autor apunta:

«... el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo obliga al legislador ordinario a disponer de técnicas procesales adecuadas para la tutela de los derechos, sino que también vincula a la doctrina y los operadores jurídicos, obligándoles a interpretar las normas infraconstitucionales a la luz del principio constitucional de efectividad»⁵⁹.

Siguiendo las ideas de ese autor brasileño, el principio de efectividad de la tutela jurisdiccional tiene dos claros destinatarios: el legislador para el diseño de formas de tutela adecuadas a las distintas necesidades del derecho sustancial y a los operadores que deben de leer, comprender e interpretar la legislación ordinaria a la luz de la efectividad de las tutelas. Así, el proceso tiene que permitir la realización concreta de los derechos y no sólo desde un aspecto formal, sino desde el plano de la efectividad adecuada de los mismos. El proceso se

⁵⁷ *Ídem*, p. 39, 57.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.* p. 62.

⁵⁹ *Ídem*, p. 63.

debe de modelar y tratar a partir del derecho sustancial que busca proteger; pues éste es su razón de ser⁶⁰.

En otros de sus trabajos Marinoni enlaza las ideas acerca de la efectividad del proceso — la necesidad de contar con tutelas diferenciadas— con el derecho de acción. En su entender, ese derecho no puede entenderse sólo como el derecho a una resolución; sino desde una perspectiva más amplia que comprenda la «efectiva y real viabilidad de la obtención de la tutela del derecho material». Complementa diciendo que, si bien el legislador no puede anticiparse —en la configuración normativa— a todas las necesidades del derecho material, pues éstas se transforman cotidianamente, debe de dotar de normas procesales abiertas que permitan adecuarlas a cada caso concreto⁶¹. El derecho de acción se enlaza aquí como el modo en que los demás derechos pueden tener efectividad y, para tener esa efectividad, el proceso debe de conformarse a partir de las necesidades del derecho sustancial⁶².

Finalmente acerca de la adecuación del proceso —diferenciación de la tutela— a las necesidades de los derechos que pretenden ser tutelados me valgo de las propias palabras de Marinoni:

«El proceso debe estructurarse de manera técnicamente capaz para permitir la prestación de las formas de tutela que el derecho material promete. De modo que, entre las tutelas de los derechos y las técnicas procesales debe haber una relación de adecuación que, sin embargo, no se refiere más a las formas de tutela, sino a las técnicas procesales.

(...)

El derecho de acción tiene como corolario el derecho a las técnicas procesales adecuadas para la tutela de las varias necesidades del derecho material y de la realidad social»⁶³.

⁶⁰ Ídem, p. 83, 169 y 187.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*, Lima, Palestra, 2016, p. 26.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá, Temis, 2015. Pp 31-50.

⁶³ Ídem. p. 51 y 104.

Mitidiero, por su parte, sitúa sus ideas en la misma línea a las que me he referido con Marinoni. Para el primero de ellos: «la acción es el derecho a la tutela adecuada, efectiva e intempestiva» con la finalidad de la protección de los derechos; continúa ese autor: «el derecho de acción hoy es visto como derecho a la acción adecuada. El derecho de acción constituye un derecho fundamental que obliga al legislador, al administrador judicial y al órgano jurisdiccional a actuar para su densificación en la legislación procesal, en la organización judicial y en el día a día del proceso»⁶⁴. Remata Mitidiero:

«Si un día se pudo suponer que el derecho de acción constituía un derecho abstracto y diseñado de forma total y cabal por el legislador, hoy es posible afirmar, sin duda alguna, que el derecho de acción, aunque obviamente independiente del derecho material, tiene que ser modelado por las partes y por el juez frente a las necesidades evidenciadas por el caso concreto afirmado en juicio, a partir de las normas abiertas provistas por el legislador»⁶⁵.

Con lo hasta aquí dicho podemos poner algo en claro: la tutela cautelar tiene que modelarse como una tutela diferenciada para asegurar el fin protector que ésta tiene dentro del proceso; esto es, debe adaptarse a cada situación de derecho sustancial que exige su intermediación; ya sea con la viabilidad normativa que preconfigure el legislador, ya sea a través de la labor de adaptación de la misma por los tribunales.

La tutela cautelar busca proteger el derecho a la efectividad de la acción, como tal, la tutela cautelar se desprende como un derecho más derivado del derecho a la efectividad de la justicia —sobre ese punto volveré en el siguiente apartado—; es decir, existe un derecho a la tutela cautelar. Esa tutela protege los mismos derechos sustanciales que el mismo derecho de acción, sólo que en un plano de una protección enfocada a paliar los daños que el tiempo que dura el proceso puede causar en los derechos que en aquel se dirimen; busca resguardar el derecho a la otra tutela del derecho, no busca proteger al proceso⁶⁶.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel, *op. cit.* p. 80.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ídem.* p. 48.

Así entendida la tutela cautelar protege un amplio abanico de derechos al igual que el derecho de acción o el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, esta debe de adaptarse a las necesidades de protección de cada uno de esos derechos: ser diferenciada para cada caso.

No obstante, su diferenciación, también, debe de partir de otro punto: busca ser el derecho a la seguridad de los demás derechos. Además, se debe adaptar a las necesidades de los derechos, pero partiendo desde su fin: remediar los daños que el tiempo del proceso ocasiona a esos derechos.

Entonces, la tutela cautelar es una tutela diferenciada que tiene que adaptar las necesidades de los derechos objeto del juicio principal mientras dura aquel proceso; esto es, es una tutela que protege a los derechos mientras dura el proceso y que habrá de atender casuísticamente a lo que cada uno de esos derechos exija para su realización durante el tiempo que se tome el proceso. Bajo ese panorama la tutela cautelar tendrá que ser extremadamente maleable y mutable para asegurar la efectividad final de los derechos en juego.

La suspensión en el juicio de amparo es la medida cautelar creada para remediar los daños que el paso del tiempo causa en el derecho por la duración de ese proceso. Es, además, un derecho fundamental; es decir, al encontrarse constitucionalizada adquiere un matiz propio que ya no se deriva directamente del derecho a la tutela judicial efectiva; sino que, se deriva de las propias previsiones constitucionales que la contemplan. Así, si bien podemos hablar de un derecho fundamental a la acción de amparo; es igual de válido pensar que tenemos un derecho fundamental a la suspensión. El carácter de derecho de la suspensión será algo que se tratará a continuación.

III.3. TUTELA CAUTELAR Y SUSPENSIÓN

Se sabe que la tutela de los derechos a través del proceso no es inmediata; no llega apenas sea pedida. Todo proceso lleva un tiempo para su desarrollo y, como se ha señalado, es indispensable el tiempo para la debida construcción de la convicción judicial y para dar posibilidad a la emisión de un fallo que sea producto de un conocimiento pleno del caso y

con la reflexión indispensable sobre el mismo. Las fallos de los jueces inciden en la vida de las personas: les imponen cargas, un hacer, un no hacer y con ello influyen en su esfera personal; lo que se espera es que ese fallo sea dictado con el tiempo necesario, para que, éste sea lo mejor posible y que puede ofrecer buenas razones para convencer a las partes y a la sociedad en general de que esa es la mejor resolución posible.⁶⁷

Si el proceso no puede ir a la velocidad en que va la afectación de un derecho; el proceso debe generar un remedio que sí pueda, momentáneamente, ir con esa misma celeridad. Ello llevó al surgimiento de la tutela cautelar; al ser consientes que si se deja la satisfacción del derecho pendiente hasta que el proceso concluya, puede que ya no haya derecho que proteger, que haya sido dañado irremediabilmente o que las circunstancias de hecho hayan cambiado de manera que la sentencia ya no pueda ser fructíferamente ejecutada. En suma, si sólo a través del fallo se busca proteger los derechos es altamente probable que esa resolución los acabe protegiendo sólo en papel y no en la realidad.

En varios casos la respuesta jurisdiccional para la protección de los derechos debe de ser inmediata; el retraso en esos casos condiciona el propio reconocimiento de esos derechos. Algunos de esos derechos sólo admiten una respuesta sin dilaciones; las prestaciones que esos derechos tienen como objeto no admiten la condición de mantenerse en espera; la simple demora lleva a que éstos se entiendan como meras aspiraciones o declaraciones de buena voluntad.

Las medidas cautelares tienen un anclaje constitucional concreto en el derecho a la tutela judicial efectiva. Si el acceso a la justicia conlleva implícita la necesidad del tránsito por el proceso y, como hemos visto, la duración del proceso implica un daño marginal en el derecho sustancial que se busca tutelar con el proceso, no puede haber efectividad de la justicia si ésta llega tarde o cuando llega ya es inoportuna. Esa efectividad, por tanto, lleva indisolublemente

⁶⁷ Al respecto, Kahn expresa sobre las sentencias: «La decisión puede ser tan simple como ‘se confirma’ o ‘se revoca’. (...) La decisión es lo que los filósofos llaman ‘acto de habla performativo’: al pronunciar estas palabras, la corte genera un resultado en el mundo. Los derechos y las responsabilidades han sido establecidos de manera que las personas puedan estar situadas de forma diferente a como lo estaban antes de la decisión.» KAHN, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-IIJ-UNAM-Universidad de Palermo, 2017, pp. 57-58

con ella que el fallo puede ser ejecutable sin obstáculos insuperables y que pueda ser fructífera la protección del derecho del que se ocupa.

La idea misma del acceso a la justicia se juega el todo por el todo en las decisiones acerca de las cautelares. La efectividad misma de la justicia no puede ser entendida sin las garantías indispensables que actúen en forma inmediata a la solicitud de tutela de los derechos; si ese acceso a la justicia se predica como efectivo tiene que disponer de medios para que al término del proceso esa efectividad pueda seguirse manteniendo.

Aquí es importante hacer un matiz con relación al fundamento constitucional de la suspensión. Ya he sostenido que dicha figura es la medida cautelar creada para el juicio de amparo; pero, además, es una medida cautelar que cuenta con su propio asidero en la constitución: en específico el primer párrafo de la fracción X del artículo 107. En lo general los postulados constitucionales contenidos en artículo 107 es el que fijan las bases del juicio de amparo⁶⁸. La suspensión, en este caso, es una medida cautelar constitucionalizada.

En ese mismo paréntesis, esas bases constitucionales junto a las disposiciones del artículo 103 constitucional, permiten visualizar que el juicio de amparo funciona en forma dual: como derecho fundamental —recurso judicial efectivo— y como garantía de los demás derechos⁶⁹. En ese contexto, para esos efectos la suspensión funciona de la misma forma: como garantía, momentánea o transitoria, de los derechos objeto del juicio de amparo y; a su vez un derecho fundamental a la tutela cautelar o como le llama Mitidiero: un derecho a la seguridad del derecho⁷⁰.

En el caso de la suspensión, recordando que el objeto del juicio de amparo es la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos; la efectividad completa del sistema de

⁶⁸ ZALDÍVAR Lelo de Larrea, Arturo, Comentario al artículo 107, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo X, México, MA. Porrúa, 2016, p.458.

⁶⁹ CANO LÓPEZ, Luis Miguel *et. al.*, Comentarios a los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la renovación del juicio de amparo, en FERRER MacGregor, Eduardo *et. al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Ciudad de México, SCJN-IIIJ-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 1665-1666.

⁷⁰ MITIDIERO, *op. cit.* p. 102.

derechos diseñado por la constitución descansa en la eficacia del proceso en el cual se dilucida. El diseño del proceso o su ineficacia práctica lleva consigo al fondo del abismo a la que debe ser la columna vertebral de la constitución: los derechos.

Dejando de lado esa anotación mínima; aun en aquellos casos en que el ordenamiento no contemple en forma expresa el derecho a la cautela; lo cierto es que la efectividad de la justicia lo lleva en forma implícita como posición indispensable para que las decisiones jurisdiccionales puedan contar con esa efectividad que predica la tutela jurisdiccional en lo general. Es decir, el acceso a la justicia y su efectividad guardan el mismo fundamento⁷¹.

La inclusión de la tutela cautelar en el sistema general de tutelas es la forma en la que se asegura que las demás tutelas tengan un efecto útil en la protección de los derechos; esa inclusión es uno de los mejores avances que pueden darse para el proceso. García de Enterría decía:

«La institución cautelar es (...) probablemente la innovación más profunda que en nuestro contencioso administrativo ha introducido la jurisprudencia desde su origen, ya que la generalización de esta doctrina puede transformar todo nuestro sistema de justicia administrativa en el mejor sentido posible (...)

Un aspecto de la institución cautelar es su capacidad para reducir los abusos de los procesos y su utilidad como una ‘justicia provisional’ en un tiempo en que arribar a la justicia definitiva exige lustros con normalidad.»⁷²

Ahora, la tutela cautelar y las medidas que ésta genera para el proceso tiene un claro objetivo: la protección temporal que mantenga la integridad del derecho del que se habrá de ocupar el proceso principal; protección que busca mantener su integridad, restituirlo o incluso satisfacerlo mientras culmina el proceso.

⁷¹ CHINCHILLA Marín, Carmen, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de efectividad de las resoluciones*, en *Revista de Administración Pública*, No. 131 mayo-agosto, 1993, pp. 168-169.

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, pp.19-21

Así entendida la tutela cautelar, hay que describir las características que éstas tienen. Siendo éstas: la instrumentalidad, provisionalidad, revocabilidad, urgencia y la inaudiencia. La primera de ellas, es a mi juicio, la más importante de esas características y que dejaré al final con fines de introducir un pequeño matiz en ella.

Provisionalidad. Esta característica atiene a la duración de los efectos que la tutela cautelar puede tener en el derecho objeto del proceso principal. Las medidas cautelares derivadas de esa tutela tiene un ámbito temporal cercado a la duración del proceso o, en algunos casos, a que el proceso sea iniciado en un tiempo determinado después de que esas medidas hayan sido concedidas.

El que sean provisionales no implica que las medidas tengan una duración predeterminada sino, que su duración dependerá de que el proceso sea resuelto o que llegue a terminar en forma anormal; de igual forma, esa carácter provisional no quiere decir que necesariamente las medidas no puedan tener un efecto concreto en un momento determinado, por ejemplo: aquellas que satisfacen el derecho en forma cautelar o aquellas que producen efectos anticipatorios de algunas de las pretensiones, aunque esa satisfacción anticipada sea provisional hasta en tanto se define la tutela definitiva.

Revocabilidad. La decisión sobre la tutela cautelar no puede generar situaciones que no sean irreversibles con posterioridad. Las medidas tienen que admitir la posibilidad que sean modificadas por situaciones novedosas que se susciten con posterioridad a que hayan sido tomadas. La decisión cautelar no puede tener la fuerza de la cosa juzgada. Dice Proto Pisania: «ninguna resolución cautelar tiene la actitud de establecer una situación inmutable del derecho controvertido»⁷³.

Urgencia. La decisión en materia de tutela cautelar demanda que sea lo más inmediata o si es posible inmediata a la solicitud que se formule sobre ellas. El que se hable de urgencia deriva del peligro que representa el tiempo, ya sea por la demora en la satisfacción del

⁷³ PROTO Pisani, Andrea, La tutela sumaria en general, en PROTO Pisani, Andrea, *op. cit.*, p. 332.

derecho o por la posibilidad de insatisfacción del mismo al final del proceso⁷⁴, esto implica la necesidad de que se debe buscar con velocidad la seguridad del derecho objeto del juicio. La urgencia en proveer sobre las medidas que habrán de dictarse en la cautelar obedecen, además del peligro ya dicho, a los costos mismos que lleva el proceso, los excesos en el derecho de defensa de la contraparte. La urgencia de resolver sobre la tutela cautelar radica en que ésta tiene como función ir en contra del tiempo⁷⁵.

Inaudiencia. La tutela cautelar y la concreción sobre las medidas idóneas para proteger el derecho necesitan ser dictadas sin audiencia de la contraria; es decir, es una decisión en la que el contradictorio debe de ser postergado y en la que se debe atender sólo al conocimiento de los hechos planteados por el accionante⁷⁶. La inaudiencia obedece a la necesidad de que los hechos sobre los que se pide la tutela no sean alterados o incluso extinguidos por la contraria; de ahí que su intervención y posibilidad de defensa sean postergadas. No puede haber, en ese momento, bilateralidad por la latente posibilidad de que la parte contraria al accionante de la cautelar puede generar actos u omisiones capaces de dificultar o de plano impedir esas medidas.

Instrumentalidad. Dentro de las características de las cautelares ésta es, quizá por bastante margen, la más importante de todas las características de la tutela cautelar y a la que normalmente se le pone mayor atención. Por esa razón es que he decidido reservarla para el último punto a tratar en cuanto a esas características.

⁷⁴ Acerca de la urgencia en la resolución sobre la tutela cautelar, en especial, en relación a la suspensión en el juicio de amparo, es importante poner realce en que esa nota distintiva es también una de las más importantes y que subyace a su regulación constitucional. En concreto, no sólo se tiene un derecho a la cautela a través de la suspensión sino que ese derecho debe actuar inmediato, con urgencia. Alejarse de la inmediatez que requiere la cautela es dejar sin seguridad al derecho debatido en juicio. La regulación normativa en la legislación ordinaria que rige al juicio de amparo comete un yerro enorme al dejar de lado esa característica de urgencia. Si una suspensión es negada —o concedida— en forma definitiva en el incidente de suspensión la posible impugnación de las mismas se rige bajo las reglas procesales ordinarias del amparo en revisión: que de suyo no tiene nada de urgente; por el contrario, es una revisión que ordinariamente lleva meses en fallarse. Esa regulación, sin dudas, es una losa insoportable para la urgencia con la que tiene que obrar la cautelar; por decirlo claro: es una regulación inconstitucional al ser contraria al derecho a la suspensión contenido en la fracción X del artículo 107 constitucional.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ídem*, p. 325.

Siguiendo las ideas de Calamandrei, quien fue el primero en poner realce en que la nota más importante de la cautelar es la instrumentalidad, se puede recordar que fue el italiano quien señalaba que la cautelar es el instrumento del instrumento; es decir, son el instrumento que protege la eficacia de otro instrumento de tutela de los derechos: el proceso. La instrumentalidad lleva a notar que la cautela no tiene un fin por sí misma; surgen y sirven para que la resolución definitiva que se dicta en el proceso pueda tener una eficacia práctica. Sobre esa característica aclara Ortells:

«La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata; más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

(...)

Efectivamente, estas medidas son inmediatamente instrumentales respecto al derecho que hace valer el actor, que obtiene con ellos una satisfacción provisional, y no instrumentales respecto a la sentencia definitiva que se ordene, a su vez, a producir satisfacción.»⁷⁷

Como lo hace notar el citado autor, la instrumentalidad se predica sobre el derecho y no sobre el proceso. Esto es, la tutela cautelar no es un instrumento que asegure que el proceso llegue a su fin; no se protege al proceso, en todos los casos la cautelar tiene por objeto la seguridad del derecho debatido en juicio. La finalidad de la cautelar, como medida instrumental, no es el proceso mismo, sino la protección transitoria del objeto de aquel. En suma, la tutela cautelar es instrumental a los derechos en forma temporal.

Si bien la tutela cautelar es instrumental a los derechos debatidos; ello no quiere decir que se trate de una limitación a los efectos que las medidas que se dicten a partir de esa tutela puedan tener. La tutela cautelar puede tener los mismos efectos que la sentencia dictada en cognición plena; puede que sólo tenga algunos o que sólo se dedique a mantener un estatus fáctico.

Hay quien estima algunas características adicionales como lo son: que la tutela cautelar y las medidas que se dicten no pueden prejuzgar sobre el fondo del asunto y otra más sobre los

⁷⁷ ORTELLS, *op. cit.* p.38.

poderes del juez en materia cautelar. Aunque ambos puntos son bastante importantes y, desde luego habré de volver en ellos en apartados posteriores, no estimo que se traten de características de la tutela cautelar. Como veremos más adelante el análisis preliminar de los presupuestos de la cautelar no puede genera una convicción plena por el carácter de la decisión; por lo que, no podemos hablar de un prejuzgamiento en sede cautelar. Por otro lado, los poderes del juez en materia cautelar y que éstos sean amplios no definen una característica de la tutela cautelar, sino la intermediación de ese juez y los efectos que se pueden imprimir a las medidas; de nueva cuenta, no es una características de esa tutela sino de quien ha de decidir sobre las mismas⁷⁸.

Por otro lado encontramos a los presupuestos de la tutela cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; terminología que si bien tiene un amplio raigambre puede ser empleada en los términos en castellano de la siguiente forma: peligro en la demora y la apariencia de buen derecho. En lo posterior, habré de referirme a esos presupuestos desde la acepción castellanizada. También, en este punto me concentro en esbozar las generalidades de esos presupuestos y, con posterioridad los desarrollaré en los capítulos siguientes.

La apariencia del buen derecho. Desde una óptica tradicional: es el cálculo de las probabilidades de que el derecho, que se alega necesita de la tutela a través del proceso, es probable y es verosímil que exista. No hay que olvidar que la decisión que se toma en materia de tutela cautelar es una decisión que obedece a la urgencia y, además, que es producto de una cognición sumaria; esto implica, que no tenemos una convicción judicial que pueda ser madurada en ese momento y que, por ello, se debe de conformar con un análisis de las probabilidades de que quien solicita la cautelar cuente con derecho que se alega⁷⁹.

Por lo pronto, hay que hacer notar que la idea de que esa apariencia se trata de un cálculo de probabilidades es algo arriesgada, aun cuando desde una perspectiva tradicional se diga que

⁷⁸ TRON Petit, Jean Claude, *Manual de los Incidentes en el Juicio de Amparo*, México, Themis, 2005, pp. 401-403 y GONZÁLEZ Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, Año XXXVIII, No. 113, mayo-agosto, 2005.

⁷⁹ ORTELLS, *op. cit.* 166-169 y PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 84-87.

así es, provoca serios problemas en la toma de decisión pues constituye un estándar demasiado elevado de exigencia probatoria en un momento en que éstas no pueden ser apreciadas con las bondades del tiempo necesario que da el proceso. Más adelante me decantaré por la noción de que esa apariencia es un enjuiciamiento de primeras impresiones.

Esa apariencia, además, se convierte hasta ese momento en una exploración superficial acerca del derecho que se pretende proteger y; a la par, de que el daño o la afectación que se busca suprimir también sean aparentemente contrarios a ese derecho. Señala Pérez Gaipo que no es lógico que en ese momento sea necesario acreditar a cabalidad la titularidad del derecho pues, como es bien sabido, el proceso es el que habrá de dirimirlo. Entonces, dice ese autor, que lo que se requiere es sólo una apariencia de ese derecho, una serie de indicios serios y firmes que lleven a la convicción preliminar de que existe ese derecho y que le pertenece al actor⁸⁰.

Peligro en la demora. Que no es otra cosa que el reconocimiento de que el proceso, como ya se ha mostrado, puede provocar un daño marginal al derecho que se busca tutelar por el tiempo que requiere el proceso. Ese peligro es el daño a los intereses o derechos del actor por la demora procesal, que en la clásica distinción hecha por Calamandrei, es el peligro de la infructuosidad de la sentencia y el peligro por el mero retraso⁸¹; aunque cabe aclarar que ese peligro puede tener muchas variedades de manifestaciones. Pérez Gaipo acerca de ese peligro escribe:

«(...) si el proceso fuese una actividad de carácter instantáneo que no requeriría (requiriera) de un lapso de tiempo para su realización, la tutela cautelar no tendría por sí misma sentido, pues se trata de dar cumplimiento al principio de indemnidad de la tutela, esto es, que el uso del proceso no se vuelva en contra de aquél ciudadano que se vea en la necesidad de acudir al mismo. Esto es, que no deriven perjuicios tales que el proceso no suponga una carga excesiva que haga ilusorio el derecho reclamado.⁸²»

⁸⁰ PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 83.

⁸¹ ORTELLS, *op. cit.* 150-151 y PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 97-98.

⁸² PÉREZ Gaipo, *op. cit.* p. 98.

Los dos anteriores presupuestos mencionados son los que son asimilables a todas las modalidades de tutelas cautelares. Recordemos que el origen de las cautelas se dio en el marco del proceso civil y en el mismo esos son los presupuestos relevantes; sin embargo, no sería el único si nos trasladamos al marco del contencioso administrativo o de los procesos constitucionales en el que es necesario, además, tener en consideración las posibles afectaciones al orden público y al interés social⁸³. Ambos son elementos de suma importancia para la suspensión en el juicio de amparo. Sobre los mismos, me referiré en apartados posteriores.

Hasta ahora se ha dicho, sin más, que la suspensión en amparo es una medida cautelar y no he ofrecido razones para ello. En los últimos párrafos de este capítulo se dará cuenta de las razones por las cuáles es una cautelar y, una breve remisión a la discusión que se suscitó en años pasados sobre ese tema.

Hubo un momento en que no había un consenso acerca de la suspensión y qué era lo que en realidad significaba en el proceso de amparo. Durante buena parte del siglo XX la suspensión no se vio como una medida cautelar, por el contrario, se entendía más desde la perspectiva incluso textual de la palabra: suspender equivalía a detener, frenar, paralizar o evitar un hecho o su continuación. Es decir, la suspensión sólo tenía por objeto mantener el *status quo* que imperaba al momento en que el amparo era solicitado. En el mismo sentido, se entendía que si concurría el orden público y el interés social el derecho del accionante era casi imposible que los superara aunque el acto fuera incluso tiránico⁸⁴.

Si bien no había un consenso sobre la suspensión, desde mediados del siglo XX había ya posturas disidentes y que abogaban por la necesidad de una suspensión que sí tuviera un componente de genuina tutela cautelar. El primero en dar cuenta de la necesidad de que la

⁸³ En la figura similar del derecho norteamericano las *preliminary injunctions*, sin importar la materia, se tiene que considerar el interés público en todos los casos. Cfr. VAUGHN, Lea B., *A need for clarity: toward a new standard for preliminary injunctions*, Oregon Law Review, 69-839, 1990.

⁸⁴ BURGOA Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 23ª edición, D.F., México, Porrúa, 1986, p. 711, 741-797.

suspensión tuviera un componente como un «amparo provisional» fue Ricardo Couto⁸⁵. Por su parte, Fix-Zamudio proponía que la suspensión de analizara sobre la base de los avances que el derecho procesal había alcanzado respecto a las medidas cautelares⁸⁶.

José Manuel de Alba da cuenta de esa dicotomía que existía acerca de la suspensión. Ese autor, a partir de la doctrina y del análisis de la jurisprudencia, sostiene que existían dos corrientes al respecto: una a la que llama tradicional que consideraba: que la suspensión no podía estudiarse como una medida cautelar pues sólo podía tener efectos conservativos de la situación de hecho que ya imperaba; por otro lado, había una corriente con una inclinación al análisis más procesal de la figura, para esta corriente, la suspensión debía ser entendida como una cautelar y no se debía circunscribir a efectos meramente conservativos; sino que ésta podía tener características constitutivas o restitutivas. El punto discrepante de ambas, además, estaba en que la primera era reacia a admitir que pudiera darse un análisis preliminar de la constitucionalidad del acto; mientras que la segunda, abogaba para que se considerara ese análisis a partir de la noción de la apariencia del buen derecho⁸⁷. Buena parte del siglo XX imperó la primera de esa postura y no fue hasta que la Suprema Corte —en el año 1996— dio entrada a la apariencia del buen derecho en que se dejó de lado la primera y se acogieron las ideas de la segunda⁸⁸.

Sería inoportuno decir que las decisiones de la Corte, que introdujeron la apariencia del buen derecho a la suspensión, bastaron para entender a la suspensión como una completa medida cautelar⁸⁹. No es restarle importancia, la tuvo y mucha, fue un giro completo; pero durante los años posteriores a esos fallos se siguió tratando ampliamente la suspensión bajo la noción

⁸⁵ COUTO, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 4ª edición, D.F., México, Porrúa, 1983, pp. 230-231.

⁸⁶ FIX-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, D.F., México, Porrúa, 1977, pp. 277 y siguientes.

⁸⁷ DE ALBA de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, D.F. México, Porrúa, 2011, pp.103 y ss.

⁸⁸ FIX-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, D.F. México, Porrúa-UNAM, 2013, pp. 80-81.

⁸⁹ Al respecto véase los fallos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 3/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 17 y en la contradicción de tesis 12/90, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 37.

de que sólo tenía como fin paralizar los actos reclamados; es decir, una función meramente conservativa y había resistencias a darles otros efectos pues, se consideraba, que éstos sólo podrían darse a partir de la sentencia misma de amparo⁹⁰.

Con el paso del tiempo esas ideas fueron dejándose de lado; pero el cambio definitivo se dio con la incorporación de la apariencia del buen derecho en el propio texto de la fracción X del artículo 107 constitucional. Esa idea que se había introducido a la suspensión a golpe de interpretación y fallos de la corte encontró acogida en la reforma constitucional del año 2011 a los postulados básicos del juicio de amparo. Fue con esa constitucionalización de esa fórmula que el debate se zanjó de una vez: la suspensión es una tutela cautelar, algo que siempre debió ser entendido así⁹¹.

⁹⁰ Un ejemplo es que hasta el año 2006 en que se publicó la siguiente tesis se seguía recurriendo a esa idea para negar una suspensión, muestra de ello es la tesis de jurisprudencia que se identifica como: «SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA RESOLUCIONES QUE EN UN JUICIO ADMINISTRATIVO NIEGAN LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, POR SER AQUÉLLAS DE NATURALEZA NEGATIVA.» I.15o.A. J/2.J, 9a. Época, S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1288.

⁹¹ FERRER MacGregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, D.F. México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2013, pp. 61-64 y FIX-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.* pp. 80-82

CAPÍTULO IV. LA DECISIÓN CAUTELAR

Utilicé mi libre albedrío pero con un cálculo erróneo.

O, más bien, sin calcular: sin pensar

Joyce Carol Oates, Riesgos de los viajes en el tiempo

Cuando se analiza la forma en la que deciden los jueces la mayoría de los estudios se centran en los aspectos: jurídicos, normativos, sociológicos económicos e, inclusive, argumentativos acerca de la decisión. En algunos casos, se pone realce en los aspectos fácticos sobre los que habrá de construirse la decisión del juez; es decir, sobre cómo en su labor juzgadora el juez conoce los hechos y les atribuye las consecuencias normativas que les son aplicables. En suma, esos análisis se decantan por la idea que quien ejerce esa labor de juzgar es, precisamente, sólo eso: un juez y que el análisis de la forma en la que deciden se puede abordar desde la perspectiva exclusivamente técnica⁹².

No se quiere decir que el análisis de las decisiones judiciales desde la óptica propia del derecho y de los aspectos técnicos afines sea baladí; por el contrario, la mayoría de quienes analizan esa forma especial de decisión —expresada mayoritariamente en las sentencias— nos suministran grandes aportaciones y, algunas veces, incluso pautas para la mejoría de esos procesos de toma de decisiones.

⁹² Posner tiene un maravilloso y bien documentado libro que se ocupa en exclusiva de cómo deciden los jueces, centrado en algunos de esos aspectos técnicos. Véase: POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011. También, puede consultarse el puntual estudio de Thomas sobre la práctica del proceso de decisión judicial. Véase: THOMAS, E. W. *The judicial process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2005. Conviene apuntar que los dos autores citados son jueces en práctica; con la nota de que el juez Posner se retiró hace poco tiempo. Esos modelos de análisis han sido empleados para medir, con bastante efectividad, la defensa de derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es el libro de Abad sobre la protección de los derechos fundamentales por la suprema corte, quien toma bases empíricas para analizar las decisiones de la corte mexicana. Véase: SUÁREZ Ávila, Alberto Abad, *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la suprema corte*, D.F. México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2014.

En el caso de la tutela cautelar no es muy distinto. Casi siempre los estudios acerca de las cautelares se centran en cómo se presenta la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora, el interés general, orden público, etcétera. Describen también que la decisión cautelar se toma a base de una cognición sumaria por parte del juez, que esa sumareidad es necesaria por la urgencia que está detrás de las cautelares y, hasta de los medios de prueba que acreditan lo anterior⁹³.

No obstante, no debemos perder de vista que el juez, ante todo, es un humano más. Por ello, tiene las mismas dificultades que cualquier persona en los momentos en que se debe de tomar una decisión; como dice Posner: «son trabajadores humanos, demasiado humanos»⁹⁴ y como tal también debe de mirarse su forma de toma de decisiones. Sobre todo en el tema de la decisión cautelar, que es una decisión rápida, urgente, que se toma contra reloj y con menos cantidad de información, se tiene que tener en consideración cómo es que las personas toman decisiones rápidas y con factores de incertidumbre.

Este apartado se quiere mostrar cómo es que los heurísticos y los sesgos condicionan en gran parte la decisión sobre las cautelares en lo general, y sobre la decisión acerca de la suspensión en el juicio de amparo.

IV.1. HEURÍSTICOS Y SESGOS

La idea general de los heurísticos y de sus sesgos se le debe al trabajo de Tversky y Kahneman⁹⁵ sobre el juicio en situaciones de incertidumbre o mejor dicho a la toma de decisiones basadas en la probabilidad —aunque esa aplicación, como veremos se ha trasladado ya a muchos otros campos⁹⁶—; sus descubrimientos permiten evidenciar cómo es que éstos y los sesgos sobre la información operan.

⁹³ ORTELLS, *op. cit.*, PÉREZ Gaipo, *op. cit.* y PROTO Pisani, Andrea, La tutela cautelar (estructura y funcionamiento), en PROTO Pisani, *op. cit.*

⁹⁴ POSNER, Richard, *op. cit.* p. 18.

⁹⁵ TVERSKY, Amos y Kahneman, Daniel, El juicio bajo incertidumbre: heurísticos y sesgos, en KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Ciudad de México, Debolsillo, 2018, pp. 545-567. Ese artículo originalmente fue publicado en el volumen 185 de la revista Science en 1974.

⁹⁶ No es gratuito que Kahneman haya ganado en el año 2002 el premio nobel en materia de economía.

Los heurísticos son las estrategias a las que recurren las personas para simplificar la toma de decisiones. Son reglas generales para la toma de decisiones que, como toda regla general pueden provocar errores sistemáticos producidos por los sesgos que acompañan a esos heurísticos⁹⁷.

Acerca de los heurísticos Kahneman señala: «la definición técnica de heurísticos nos dice que se trata de un procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles»⁹⁸. Los sesgos, por su parte, son relacionado a la disponibilidad de información que se ve reducida por los heurísticos.

Tversky y Kahneman identificaron tres heurísticos y los sesgos asociados a ellos. Estos son: anclaje, disponibilidad y representatividad; algunos otros estudios han ido agregando algunos más y se ha identificado a más sesgos de información⁹⁹. Veamos los identificados por dichos autores y los sesgos asociados. Luego de ello, el punto importante será ver cómo esos heurísticos y sesgos impactan en la toma de decisiones en materia de tutela cautelar.

Anclaje

Este heurístico consiste en tomar una decisión inicial sobre algo desconocido a la que se le asigna un valor o significado inicial antes de conocerla a cabalidad. Posterior a ello, cuando esa decisión se ve alimentada o incluso confrontada con nuevos datos no se reexamina por completo la decisión, sino que solamente se ajusta con la información novedosa —ajuste— sin dejar la decisión inicial. La decisión inicial persiste en lo general con ligeros ajustes que proporcionan la información novedosa; puede mantenerse errónea por el condicionamiento que la decisión inicial genera sobre la información posterior¹⁰⁰. La información novedosa se ve sesgada por el efecto de anclaje de la decisión inicial.

⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H., *Un pequeño empujón*, Ciudad de México, Taurus, 2017, p. 39.

⁹⁸ KAHNEMAN, Daniel, *op. cit.* p. 133.

⁹⁹ NIEVA Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 73.

¹⁰⁰ KAHNEMAN, Daniel, *op. cit.* p.p 161-164 y 558 y 559; SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H. *op. cit.* p.41 y NIEVA Fenoll, Jordi, *op. cit.* p. 76.

Disponibilidad.

Se juzga la frecuencia de un hecho determinado por la facilidad que tenemos de recordar ejemplos del mismo. Se cambia la pregunta sobre cuán frecuente es un hecho por la que nos hace cuestionarnos que tantos ejemplos podemos recordar del mismo¹⁰¹. Este heurístico supone un exceso de sobrevaloración de la experiencia y de la memoria misma, con la consecuencia de olvidarse de los demás elementos que pueden ser vitales para la toma de una decisión más acertada. Opera, también, para la evaluación de riesgos: se estima que un riesgo es más probable que ocurra por la facilidad que se tiene de recordar situaciones análogas; cuestión que se incrementa si el riesgo se ha experimentado de propia mano¹⁰². Aquí los sesgos son bastante evidentes: que tanta información podemos recordar, si somos efectivos en la búsqueda de información pertinente sobre la cuestión que se habrá de decidir y un sesgo, incluso, sobre la capacidad de imaginar escenarios similares o análogos¹⁰³.

Representatividad

Fundamentalmente consiste en: comparar la decisión que se va a tomar con otras situaciones idénticas o análogas en las que se haya tenido que adoptar una decisión de esas características. Este heurístico busca situaciones que tengan una semejanza con la que se tiene que decidir y sobre esa base se toma la decisión. Es un atajo para la toma de decisión sobre la base de otras decisiones previas. Los sesgos pueden venir marcados por la ilusión de validez de las decisiones anteriores, el tamaño de la muestra que se toma como decisiones análogas, se vuelve insensible a generar distinciones oportunas entre la información anterior y el hecho sobre el cual se va a decidir. Buscamos simplificar la decisión no con base en un análisis reflexivo del problema sino sobre la confianza en decisiones anteriores que son semejantes a las que tenemos que tomar¹⁰⁴.

¹⁰¹ KAHNEMAN, Daniel, *op. cit.* p. 175-176.

¹⁰² Cass R. y Thaler, Richard H. *op. cit.* pp.41-42

¹⁰³ KAHNEMAN, Daniel, *op. cit.* p. 555-557.

¹⁰⁴ *Ídem.* pp. 546-554.

Además, este heurístico puede llevarnos al sesgo buscar sólo información que corrobore lo que ya creemos. Kahneman lo expresa del siguiente modo: «contrariamente a las reglas de los filósofos de las ciencias, que aconsejan contrastar hipótesis intentado refutarlas, la gente (o los propios científicos con bastante frecuencia) buscan datos que puedan ser compatibles con las creencias que actualmente tienen»¹⁰⁵.

Estos son los heurísticos que advirtieron Tversky y Kahneman; sin duda hay otros que han ido emergiendo sobre la base de esos trabajos o de otros novedosos; sin embargo, por la utilidad que presentan éstos para el posterior análisis sobre la decisión en materia cautelar sólo se tomaran éstos como referencia. Ahora, veremos dos de los sesgos que producen estos heurísticos y que impactan sobre la decisión cautelar.

Exceso de confianza

Las personas tienen un optimismo no realista sobre las situaciones. Generamos ese exceso sobre la base de nuestras propias creencias y sobrestimamos la información que poseemos como suficiente para tomar una decisión; aunque estemos dejando de lado información con más relevancia. Tenemos una inclinación a magnificar la coherencia y consistencia de lo que creemos o vemos. Tenemos fe aunque tengamos pocos datos. Las personas se decantan por tener una actitud positiva sobreestimada y consideran que es poco probable que su juicio sea desacertado o que subestiman los riesgos. Este exceso de confianza nos impide percibir que nuestro juicio puede ser desacertado¹⁰⁶.

Status quo

Las personas tienen una tendencia general a aferrarse a la situación actual. El cambio de una situación fáctica a través de una decisión es complicado para muchas personas; prefiere

¹⁰⁵ *Ídem.* p. 112.

¹⁰⁶ KAHNEMAN, Daniel, *op. cit.* p.p 112, 154-159.; SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H. *op. cit.* pp.49-50 y NIEVA Fenoll, Jordi, *op. cit.* p. 78-79.

mantenerse en ese estado ya conocido aunque existan alternativas que puedan ser más eficientes o benéficas¹⁰⁷.

Desde luego, hay más heurísticos que han sido explorados y más sesgos que sin duda son relevantes para múltiples tareas en la toma de decisiones. Pero, este trabajo no es acerca de la toma de decisiones, ni siquiera de la toma de decisiones en el campo del derecho, ni de esas decisiones trasladadas a una sentencia, es sobre la suspensión en el juicio de amparo y, para ello, esos son los heurísticos y sesgos que estimo relevantes para mostrar cómo es que la decisión cautelar puede ir llevada de la mano por esas inercias.

Con ello se pone especial atención a que en muchas ocasiones las decisiones sobre la suspensión se valen de esos heurísticos y sesgos para aminorar la carga cognitiva de la decisión. Como todas las personas, los jueces tienen una inclinación a buscar un reduccionismo de problemas complejos a soluciones más accesibles y rápidas.

Seamos realistas, en muchos casos las decisiones de los jueces son mecánicas. Deciden tantos asuntos, tantas causas, tantos juicios en poco tiempo que es normal y, hasta esperable, que esa inercia de carga de trabajo los lleve a buscar simplificar sus labores y generar los resultados que el sistema espera: las decisiones y los fallos. La alta incidencia litigiosa y los recursos materiales y humanos escasos se vuelven insuficientes para afrontar la carga, muchas veces excesiva, que se pone en sus manos. Ello lleva consigo que el juicio sereno, reflexivo acerca de los casos que conocen muchas veces sea desplazado por estas salidas cortas que ofrecen los heurísticos y los sesgos de información; con ello, desde luego el riesgo de error es bastante alto.

Con algo de humor y realismo Nieva Fenoll escribe: « porque aunque no lo parezca, en muchas ocasiones actuales un juez es mucho más mecánico que una máquina. Hace siempre lo mismo una vez vistas algunas circunstancias sistemáticas muy superficiales». Prosigue el mismo autor completando esa frase:

¹⁰⁷ Cass R. y Thaler, Richard H. *op. cit.* 52-53.

«Los jueces son mecánicos en la mayoría de las ocasiones. Puede sorprender este comentario, pero no pretende ser irrespetuoso. Simplemente es una realidad que cualquier juez clasifica los procesos que debe decidir; dándoles a la mayoría una resolución sistemática para facilitar su trabajo, copiando motivaciones previamente elaboradas para aplicarlas a casos similares, con mayores o menores adaptaciones»¹⁰⁸.

Nieva, sobre la base de lo transcrito y de que los juzgadores llevan en sus hombros una carga de trabajo desmesurada termina apuntando que entre más asuntos tenga que decidir un juez es más fácil que se caiga con bastante frecuencia e inconciencia en los heurísticos y los sesgos que llevan¹⁰⁹.

Esa mecanización conduce a errores frecuentes en las decisiones que han de tomar. Errores que no son producto de un actuar doloso o de impericia; pero que no por ello dejan de impactar en los destinatarios de los esos fallos. No hay nada de extraño en eso, no hay juez infalible aunque sean sus decisiones terminales; los jueces yerran y muchas veces con frecuencia¹¹⁰. Malem Señá escribe al respecto:

«En determinados supuestos, los jueces siguen prácticas viciadas aplicadoras del derecho que causan verdaderos perjuicios al justiciable (...) la propia práctica profesional llevada a cabo de un modo mecánico, siguiendo prácticas precedentes, sin un atisbo de reflexión sobre la propia actividad profesional, es la que conduce a jueces y magistrados a cometer errores. Si la práctica profesional es fuente de modelos de comportamiento que tienden a ser adoptados por los profesionales noveles y seguidos por la inercia que da la repetición por parte de los profesionales ya con experiencia, una práctica viciada, también tendrá un impacto nocivo para casos futuros.¹¹¹»

Finalizamos con Malem, agregando a lo anterior, que esa práctica mecánica de la función conlleva una carga menor de atención en los asuntos y con ello se pueden cometer más

¹⁰⁸ NIEVA Fenoll, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 16 y 44.

¹⁰⁹ *Ídem*, p. 45.

¹¹⁰ MALEM Señá, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 198.

¹¹¹ *Ídem*, p. 189.

errores. El empleo de los formularios para su labor provoca que los jueces, algunas veces, olviden que cada caso es particular y con ello pueden errar al omitir pronunciarse sobre algo o hacerlo incongruente; a su vez, puede que esa mecanización reste la exhaustividad necesaria del fallo¹¹². La práctica se aleja de los casos para arrojarlos a la rutina.

Para nadie que acude a un juzgador en busca de una respuesta a su caso es deseable que se le responda de una forma mecánica, que no se vea las particularidades de su caso, los matices y las alegaciones. Los heurísticos afectan esa capacidad del juez de la reflexión de cada caso; no que de inicio sean nocivos, han servido y siguen sirviendo para muchas de las decisiones que debemos de tomar en la vida diaria y funcionan. El punto está en que para el caso de las decisiones judiciales éstos no son aptos para producir los resultados deseados; se necesita una reflexión bien sopesada a la que no se le escape nada; es natural que haya errores, los jueces son tan humanos como todos, pero es de esperar, también, que esos yerros no sean consecuencia de una actuar irreflexivo.

IV. 2. DECISIÓN SOBRE LA CAUTELAR

Desde la perspectiva general de la tutela cautelar se puede decir que hay dos maneras de aproximarse a la forma en la que se adopta una decisión cautelar, a partir del análisis de los presupuestos que tiene que tomarse en consideración para decidir: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Una de esas es la vertiente, podemos decir más tradicional, que establece que tiene que hacerse un cálculo de las probabilidades y; la segunda, la que sostiene que se da un juicio de primeras impresiones.

La primera de las mencionadas es deudora de las ideas acuñadas por Calamandrei, para quien la decisión sobre la cautelar llevaba consigo la necesidad de analizar las verosimilitud y un cálculo de las probabilidades de la apariencia del buen derecho. Esto es, se busca evidenciar que el resultado del proceso se espera, en ese punto, sea favorable para el que solicita esa

¹¹² *Ídem*, p. 205.

tutela cautelar. La decisión descansa en ese cálculo que se construye sobre la base de lo que, hasta ese momento, son indicios de la existencia del derecho¹¹³.

En esta primer vertiente, además, el peligro del daño debe de ir de la mano del análisis de las mismo cálculo de probabilidades: si la medida no se dicta se ocasionaría un daño cierto y real al justiciable; es decir, se habrá que preguntar si se generaría un riesgo inminente de daño¹¹⁴.

Otra postura es la que gira en torno a que la decisión no se base en ese cálculo de las probabilidades ni de la verosimilitud; sino que, se trata de un juicio de primeras impresiones. Exigir la probabilidad es equiparar la decisión cautelar con la sentencia, ambas se siguen en base a probabilidad, pues el proceso no puede asegurar la verdad o certeza absoluta. Por el contrario, no se debe de efectuar ningún cálculo de probabilidades, sino se debe de juzgar sobre las primeras impresiones que se tienen; es decir, se debe preguntar: si se tuviera que dictar la sentencia en este momento, con los datos que se dispone, ¿se le daría la razón al solicitante de la cautelar? Esto lleva implícito el reconocimiento de que no es posible exigir esa probabilidad pues equivaldría a pedir lo mismo que exige la sentencia sobre el derecho en disputa¹¹⁵.

En lo que ve al peligro en la demora no hay demasiadas diferencias entre una y otra de las posturas. Sólo, el matiz en esta segunda lleva a trazar una idea de futuro y preguntarse: ¿qué pasaría si no se concede la cautela?¹¹⁶

En la perspectiva que se sostiene, la segunda postura es la más certera para decidir sobre la tutela cautelar. Conviene recordar que la cautela es una cuestión de urgencia; es decir, necesita una decisión veloz. Los enjuiciamientos de primeras impresiones son eso mismo: decisiones que el juzgador debe de tomar rápido y con los datos que cuente en ese momento. La rapidez aquí es vista no como una virtud, sino como una necesidad. El hecho de que se

¹¹³ ORTELLS, *op. cit.* pp. 166-169, y PÉREZ Gaipo, *op. cit.* pp. 84-87.

¹¹⁴ ORTELLS, *op. cit.* pp. 151-155.

¹¹⁵ NIEVA Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, *op.cit.* pp. 203-204 y PÉREZ Gaipo, *op. cit.* pp. 87-90.

¹¹⁶ NIEVA Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, *op.cit.* pp. 210 y ss.

rápido no quiere decir que sea precipitado, no es producto del azar, el ordenamiento le obliga a pronunciarse con esa velocidad, pero con un campo de decisión más restringido¹¹⁷.

La decisión cautelar no puede hacer un cálculo de probabilidades porque carece de elementos para poder hacer ese cálculo. Debe decidir sobre la base de lo que en ese momento dispone el juez; nada más, con ello, es pertinente la preguntarse si con lo que se tiene en ese momento basta para estimar que se tiene, al menos por el momento, un atisbo de razón; esto es, decidir si en ese momento quien solicita la cautela aparenta tener consigo el derecho que pretende proteger el proceso.

Esa decisión no implica renunciar a un análisis de las alegaciones de quien solicita esa cautela y de cómo en ese momento puede aparentar contar con el derecho; por el contrario, sólo se es consiente que en ese momento y, con un cuadro probatorio incompleto, puede demostrar aparentemente contar con la razón sobre el derecho debatido en el posterior proceso¹¹⁸.

Ahora, el peligro de la demora. Bajo esta idea se debe complementar un análisis del peligro que no sea estático; es decir, que parte de la noción de que el peligro que puede generarse en el derecho por el tiempo del proceso es indeterminado de inicio. Cada caso, cada derecho puede tener un peligro o más de un peligro. Bajo ese juicio de primeras impresiones se debe observar si hay un peligro pero desde el punto de mira del derecho que se pretende y desde ningún otro. Cada derecho puede estar en peligro de muy variadas formas; si en ese momento a primeras impresiones se le daría la razón al peticionario de la cautelar hay que mirar en ese derecho para ver qué peligro le supone el tiempo restante del proceso.

IV. 3. DECISIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN Y HEURÍSTICOS

Por principio, se asume la idea de que la decisión acerca de la suspensión en el juicio de amparo es que es un juicio de primeras impresiones en un sentido dual: se cuestiona si, con los insumos de ese momento, se daría la razón a quien la pide, esto es: se estima

¹¹⁷ Ídem, pp. 13, 53, 56 y 58.

¹¹⁸ MITIDIERO, *op. cit.* p. 94.

momentáneamente que es titular del derecho que alega; pero, además, se tiene que examinar si con lo que se tiene en ese momento se puede apreciar que el acto que se reclama y que se busca suspender es inconstitucional. No es sólo demostrar en ese momento la titularidad del derecho, sino demostrar que el acto aparenta ser contrario a ese derecho. Desde luego, sobre esta cuestión regresaré más tarde y con una propuesta interpretativa sobre ello. Por ahora, interesa mostrar cómo los heurísticos impactan la decisión sobre la suspensión.

Cuando se decide sobre la suspensión se recurre, casi en todos los casos, al heurístico de la representatividad. Se busca simplificar la labor buscando casos similares que ya hayan sido fallados y adoptar un razonamiento a partir de ellos que minimice la carga cognitiva. Es muy común que para adoptar una decisión sobre la suspensión se busque en la jurisprudencia soluciones anteriores y se decida sobre esa base; sin más reflexión.

Sabemos que las tesis aisladas y las tesis jurisprudenciales las hay por montones y que el acceso a las sentencias en versiones públicas acrecenté el universo en que puede darse la representatividad. Pensado en ello, la labor de búsqueda entre tan vasto material puede ser una labor complicada; la reducción de ese material a unas cuantas materiales puede generar la idea de que esa decisión es la comúnmente aceptada.

La representatividad opera en este caso como una limitante de la discrecionalidad necesaria para apreciar cada caso que se pide suspender. Se deja de lado las particularidades con la intención de simplificar la labor encuadrando o forzando la entrada de un caso en los anteriores. Esto provoca no un análisis puntual del caso, sino una decisión preconcebida, rutinaria y desconectada del caso.

El heurístico de anclaje y ajuste es uno de los que más impacto puede tener en la decisión sobre la suspensión. La jurisprudencia aquí vuelve a los escenarios: la búsqueda de simplificar la decisión encontrando decisiones anteriores conduce a que una vez que se halla alguna similar se convierte en la decisión inicial que es el anclaje de la decisión futura. Se decide que ese criterio es aplicable, similar o análogo y aun que el caso traiga más información sobre ésta no se reflexiona y sólo se limita a ajustar la decisión ya tomada con

antelación. El efecto es evidente: no se analiza cada caso con la discrecionalidad que la suspensión requiere.

El heurístico de la accesibilidad tiene, igualmente, un papel estelar en esta ocasión. Si se busca en la memoria y en los sucesos que pueda recordarse, el juez acudirá a los casos que él mismo conozca, que aun cuando sean bastos, no son igual de bastos que los casos que pueden presentarse en la realidad. Si son casos novedosos, con circunstancias muy particulares es difícil que el juez tenga memoria sobre ellos y se decante más por una negativa al pensar que las probabilidades se decanten en negar la suspensión por no recordar casos previos; lo mismo puede ocurrir a la inversa, si se ha concedido muchas veces una suspensión será más difícil que se niegue aun cuando no deba ser concedida.

A su vez, los sesgos en la información también se presentan. Se tiene un exceso de confianza en el juicio propio y de que éste es compartido por la mayoría. A esto también abona la jurisprudencia, se centra en confirmar lo que ya se cree y dar la confianza en que la opinión que se tiene no sólo es acertada, sino que es la más aceptada. De nuevo, se deja de mirar al árbol por sólo ver al bosque. El caso se vuelve uno más y no un caso con características propias.

Con el sesgo del *status quo* sucede algo similar: si ya se ha fallado muchas veces en un sentido; es difícil que ese estado de cosas cambien; aun cuando la realidad cambia con frecuencia y a un ritmo acelerado. Es más complicado analizar algo nuevo y dar una nueva decisión que mantenerse en un estado de cosas que ya está en curso. Ya lo mostramos cuando mencioné que a pesar de que la apariencia del buen derecho se introdujo en la suspensión desde el año 1996, hubo muchos fallos posteriores que se basaban en una idea anterior en que la suspensión no podía tener más efectos que los conservativos pues, todos los otros, sólo podían ser productos de la sentencia definitiva. El *status quo* es una posición más cómoda que exige menos reflexión.

Con lo anterior, se ha querido mostrar que los heurísticos impactan fuertemente las decisiones sobre la suspensión, la condicionan, la limitan y la alejan de su finalidad: la tutela

instrumental de los derechos constitucionales. Toda cautelar, como la suspensión, depende de la discrecionalidad que busque en cada caso lo que el derecho necesita para ser protegido, no puede estar petrificada y estática ante una realidad que es variopinta. Por ello, se hace necesario una variante interpretativa de esa suspensión que busque esa finalidad: que ésta sea un efectivo instrumento de la tutela de los derechos y que se adapte en cada caso y en cada decisión: que evolucione día con día y no se quede nunca como un convidado de piedra.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CAPÍTULO V. LOS ACTOS RECLAMADOS

What's the most resilient parasite?

A bacteria? A virus?

An intestinal worm?

(...)

An idea.

Resilient, highly contagious. Once

an idea's taken hold in the brain

it's almost imposible to eradicate.

A person can over it up, ignore it-but it stays there.

Christopher Nolan, Inception

Con lo que se ha visto podemos retomar algunos puntos básicos: la suspensión en el juicio de amparo es una tutela cautelar y esa es su función; esas medidas tienen que servir como una tutela diferenciada para la protección de los derechos y, finalmente, como cautelar que es, la decisión sobre la misma descansa en parte en la discrecionalidad que tiene el juez sobre cada caso.

La incorporación de la apariencia del buen derecho en el propio texto de la fracción X del artículo 107 constitucional, como ya se ha visto, llevó implícita la constitucionalización de la tutela cautelar en el juicio de amparo a través de la suspensión. Ese cambio supone que el debate previo, acerca de si la suspensión era una cautelar o no, quedó en el pasado.

Hasta ese punto parece que no cabe duda alguna sobre esa noción cautelar de la suspensión. Sin embargo, los cambios en las normas no siempre suponen un cambio en la realidad del foro de los tribunales. Las más pensadas e ideales normas se topan, algunas veces, con una frontera inexorable en su implementación y en cómo los operadores jurídicos deciden ponerlas en práctica. Esto nos lleva a pensar que, a la fecha, aún hay posturas — conscientemente o irreflexiva— que sitúan a la suspensión en una noción que podríamos llamar: precautelar.

Algunas ideas, sostenidas con posterioridad al cambio constitucional de la suspensión, acerca de esa figura decrecen su función como tutela cautelar y se basan en cuestiones en que la

suspensión no era concebida como una tutela cautelar. Por eso es que les podemos llamar ideas precautelares acerca de la suspensión.

No es algo novedoso, cuando la apariencia del buen derecho y las ideas sobre la tutela cautelar en la suspensión fue incorporada por la jurisprudencia en 1996 no significó un cambio general en el análisis sobre la suspensión. Por el contrario, en el capítulo III se observó que en aún en el año 2006¹¹⁹ se seguía manteniendo una idea de que la suspensión sólo tenía efectos conservativos y que cualquier otro efecto no cabía por ser propios y exclusivos de la sentencia de fondo.

Además de eso, la apariencia del buen derecho no significó un cambio en la forma en la que se analizaba la suspensión, se mantuvo ajeno el análisis de esa apariencia en la labor de varios de los juzgadores de amparo¹²⁰. La práctica mantuvo las ideas previas a ese cambio en la jurisprudencia, Pérez Daza apunta que eso se debía: a que el análisis de la apariencia de la probable inconstitucionalidad del acto reclamado adicionaba un trabajo más a los jueces y la renuencia al cambio en la mentalidad que imperaba acerca de la suspensión¹²¹. Bajo esa misma noción en el año 2002 Zaldívar decía:

«Como se sabe, tradicionalmente el examen para la procedencia de la suspensión es formalista, con meros efectos de mantener las cosas en el estado en que se encontraran, así como alejado por completo de la constitucionalidad del acto reclamado. Por el contrario, la interpretación de la apariencia del buen derecho exige un estudio preliminar cuidadoso de la probable inconstitucionalidad del acto reclamado; así como la determinación del estado en que habrán de quedar las cosas, no obstante que el acto reclamado se haya ejecutado.

Este último aspecto es olvidado cotidianamente, pues los juzgadores citan en sus resoluciones la jurisprudencia que establece la improcedencia de la suspensión contra

¹¹⁹ Véase, nota 53, *infra*.

¹²⁰ PÉREZ Daza, Alfonso, La suspensión del acto reclamado, en TAFOYA Hernández, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Ciudad de México, SCJN, 2017, p.965.

¹²¹ *Ídem*, p. 966.

actos consumados. Curiosamente, la problemática que busca resolver la apariencia del buen derecho se encuentra intocada en la práctica, con lo que se siguen repitiéndose innumerables casos de indefensión para los particulares derivados de un criterio que debería entenderse superado y que responde a una concepción formalista y anacrónica de lo que una medida cautelar moderna debe ser»¹²².

Como sucedió con aquella introducción jurisprudencial de la apariencia del buen derecho en la suspensión, hoy en día nos quedan resabios de aquellas antiguas ideas acerca de la suspensión. Ideas que limitan el alcance y función que debe tener la suspensión como tutela cautelar y que llevan en la práctica a que esa figura siga siendo, en algunas partes, precautelar.

A la fecha se sigue empleando una clasificación de los actos que pueden ser reclamados en el juicio de amparo a la que han denominado, con cierta pompa, la “teoría de los actos reclamados”. Se sigue empleando, con bastante cotidianeidad, por parte de los tribunales de amparo y en los textos académicos la noción de que hay una taxonomía de los actos reclamados en el juicio de amparo y que debe de partirse de esa clasificación para el análisis de la procedencia de la suspensión. Esa idea, desde luego, pone en serio predicamento la función cautelar de la suspensión y su eficacia práctica. Veremos con más detalle que esa clase de clasificaciones lleva a que la suspensión deje de lado esa nota discrecional que la debe de caracterizar como tutela cautelar. Por principio, hay que repasar un poco sobre qué es esa “teoría”.

V. 1. TAXONOMÍA DE LOS ACTOS RECLAMADOS

Las anteriores disposiciones constitucionales y legales en materia de la suspensión de amparo no comprendían una forma en la que habría de analizarse la procedencia de la misma. Ante ello, la labor de la jurisprudencia se encargó de generar una clasificación de los actos reclamados y generar supuestos en los que esa clasificación permitía conceder o negar la suspensión.

¹²² ZALDÍVAR, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, D.F., México, IIJ-UNAM, 2002, p. 89.

Se trató de una construcción en que la jurisprudencia hizo una verdadera labor de taxonomía de los actos reclamados. Se privilegió un análisis en abstracto de los posibles actos reclamados y describirlos a partir de ciertas características generales que permitían generar un catálogo de los mismos. Una vez fijadas las categorías en que podían encasillarse esos actos sólo restaba encontrar cuál de ellas era la aplicable y con ello saber la consecuencia de la suspensión: ser concedida o ser negada.

Esa clasificación, hecha a golpe de jurisprudencia, llevó a que el análisis de la suspensión dejara de lado el acto en particular de cada caso y lo observaba bajo el prisma de una clasificación que, en abstracto, negaba cualquier margen de discrecionalidad y la suprimía con una labor mecánica de ubicar al acto reclamado en esas categorías. La decisión cautelar se reducía a saber clasificar el acto y atribuir la consecuencia fijada para esa clasificación.

Sobre esa “teoría” Góngora Pimentel señalaba que era esencial, para saber si el acto podía ser suspendible o no, analizar las diversas clases de actos que había construido la doctrina de los tribunales de amparo. Saber qué clase de acto era el que se iba a analizar era la condición para saber decidir acerca de la suspensión¹²³.

Esa clasificación, a pesar de su rigidez, no estuvo exenta de que algunos autores y algunos tribunales describieran esas categorías con más o menos denominaciones. Muchos coincidían en las más generales, pero se fueron añadiendo algunas más categorías o, tal vez mejor dicho, sub clasificaciones de esos actos.

Ahora, veamos someramente esas clasificaciones que se había ido construyendo en forma previa al cambio constitucional y legal de la suspensión. Noriega los clasificaba como: futuros inciertos, inminentes y probables, actos derivados de actos consentidos, actos de tracto sucesivo, actos negativos, actos declarativos¹²⁴. En la clasificación de Burgoa

¹²³ GÓNGORA Pimentel, Genaro David, *La suspensión en materia administrativa*, 6ª ed., D.F., México, Porrúa, 2001, p. 32.¶

¹²⁴ NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, Tomo I, 4ª ed, D.F., México, Porrúa, 1993, pp. 161-175.

encontrábamos: actos positivos, actos negativos, actos prohibitivos, actos negativos con efectos positivos, actos consumados, actos declarativos, actos de tracto sucesivo, actos futuros inminentes y probables¹²⁵.

Otros dos ejemplos de esa labor de clasificación los encontramos en el propio Góngora, para él los actos se clasifican en: actos consumados, actos declarativos, actos consentidos, actos derivados de actos consentidos, actos continuados o de tracto sucesivo, actos positivos, actos negativos, actos negativos con efectos positivos, actos prohibitivos y actos futuros¹²⁶. Otro más lo extraemos de Arellano que los clasifica en: actos pasados, actos futuros, actos negativos, actos positivos, actos prohibitivos, actos declarativos, actos expresamente consentidos, actos tácitamente consentidos, actos derivados de actos consentidos y actos no consentidos¹²⁷.

La mayoría de los autores que se usaron de ejemplo muestran que existía bastante coincidencia en la clasificación y que, en algunos casos, unos aportaban algunas categorías más que otros. En la realidad, las diferencias entre los citados autores se diluyen con facilidad, más que una cuestión sobre el acto eran algunas cuestiones de terminología y de alguna sub clasificación descriptiva de una categoría general aceptada.

Ahora, esas clasificaciones funcionaban de la siguiente forma: se ubicaba el acto en alguna de esas categorías; una vez que se conocía esa clasificación y con ello la “naturaleza del acto reclamado” se atribuía sobre esa clasificación la decisión que apuntaba para esa categoría. Con los insumos de la vieja jurisprudencia podemos dar un ejemplo: si el acto se clasificaba como consumado la decisión de la suspensión era en el sentido de ser negada.¹²⁸

Esa clasificación derivó paulatinamente en la creación jurisprudencial de reglas sobre los supuestos de procedencia de la suspensión. La base del razonamiento era mecánica y

¹²⁵ BURGOA Orihuela, Ignacio, *op. cit.* pp. 713 y ss.

¹²⁶ GÓNGORA Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 4ª ed, D.F., México, Porrúa, 1992, pp. 114-145.

¹²⁷ ARELLANO García, Carlos, *El juicio de amparo*, 10ª ed, D.F., México, Porrúa, 2005, pp. 558-556.

¹²⁸ «ACTOS CONSUMADOS. SUSPENSION IMPROCEDENTE.», IV.3o. J/21, 9a. Época, S.J.F. y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, página: 686.

formalista, se analizaba el acto en la abstracción de las categorías y se atribuía la consecuencia establecida para esa clasificación. Bajo esta forma la suspensión estaba lejana a tener una función cautelar que mirara al derecho que el acto estaba afectando, más aun, ni siquiera se detenía a observar qué derecho se buscaba proteger. Lo que interesaba era el acto en sí, en sus características generales, no en cómo afectaba a los derechos de las personas.

La consecuencia de optar por esa clasificación fue privar a los jueces de la capacidad de analizar cada caso que se sometiera a su consideración sobre la base de las notas distintivas del asunto en particular y; por el contrario, les imprimió una dinámica que alejaba al juez de la singularidad de cada caso y lo trasladaba a una abstracta categoría que le imponía una infranqueable limitación a su decisión.

Se pudiera pensar que, con la constitucionalización de la suspensión como tutela cautelar, se allanó el camino para dejar atrás esa taxonomía de los actos reclamados; sin embargo, como en muchas otras veces, el cambio no opera como un remedio instantáneo a viejas prácticas y menos en aquellos casos en que esa dinámica tiene un arraigo considerable.

Así ocurre hasta estos días en que la clasificación de los actos reclamados sigue manteniendo un vigente uso para el análisis de la suspensión. Como toda tutela cautelar la suspensión debe estar enfocada en la protección del derecho que se va a debatir en el juicio de amparo; es decir, importa cómo es que el acto le genera una afectación al derecho de una persona y no la forma que adopte ese acto.

El eje central del sistema constitucional es precisamente la protección de esos derechos constitucionales que son la piedra basal de la propia constitución. La suspensión tiene que ser ese instrumento que genere las condiciones necesarias de viabilidad para proteger, en este caso temporalmente, el derecho que se alega afectado. De nuevo, poco importará la forma en la que la autoridad produzca la afectación, incluso si no hay forma alguna como en el caso de las omisiones, lo que interesa es la afectación y si ésta puede o no ser remediada y tutelada transitoriamente por la suspensión.

Para mostrar que la llamada “teoría de los actos reclamados” aún conserva plena vigencia en el foro de los tribunales y en la academia; es importante que nos valgamos de algunos ejemplos de construcciones que la doctrina y los tribunales de amparo han detallado con posterioridad al cambio constitucional de la figura de la suspensión y su posterior desarrollo en la legislación de amparo.

El primer ejemplo lo podremos tomar de un libro de Adriana Campuzano, que dicho sea de paso además de ser autora, también es magistrada de circuito —una juzgadora de amparo—. En su *Manual para entender el juicio de amparo* Campuzano sostiene como un requisito para la procedencia de la suspensión: «(...) que los actos, por su naturaleza, sean susceptibles de suspensión; para efectos de la suspensión se ha elaborado una clasificación de los actos(...)», luego pasa a enlistar esa clasificación¹²⁹ y concluye: «esta clasificación es útil para establecer si es posible o no conceder la suspensión, pues indica si existe materia, es decir, actos susceptibles de ser suspendidos(...)»¹³⁰.

Estamos analizando un libro escrito en 2017, varios años con posterioridad al cambio y la constitucionalización de la suspensión cautelar que data de 2011. Vemos como la idea de que existe una clasificación de los actos reclamados en el amparo y que esa clasificación condiciona la procedencia de la suspensión sigue plenamente vigente más de un lustro después.

Un ejemplo más lo podemos apreciar en otro libro que, en este caso, tiene como objeto de análisis precisamente la suspensión del acto reclamado. Este libro fue escrito por Rodolfo Monarque e Iván Novia, quienes sostienen, desde el punto de vista de que el acto debe de ser susceptible de suspenderse y, desde un punto de vista estricto —a dicho de esos autores— de la fracción X del artículo 107 de la constitución que hay una clasificación de los actos

¹²⁹ Clasifica a los actos en: positivos, negativos, consumados, consumados irreparablemente, de tracto sucesivo o de realización continua, inminentes, futuros o de realización incierta y constitutivos y declarativos. Como puede notarse las variantes son terminológicas con la más clasificaciones construidas en lustros pasados. CAMPUZANO Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo, teórico-práctico*, 3ª ed, Ciudad de México, Thomson-Reuters-Dofiscal, 2017, pp. 157-158.

¹³⁰ *Ídem*, p. 157.

reclamados que permite saber qué actos pueden suspenderse y cuáles no. Para no dejar duda, esos autores elaboran la siguiente tabla¹³¹:

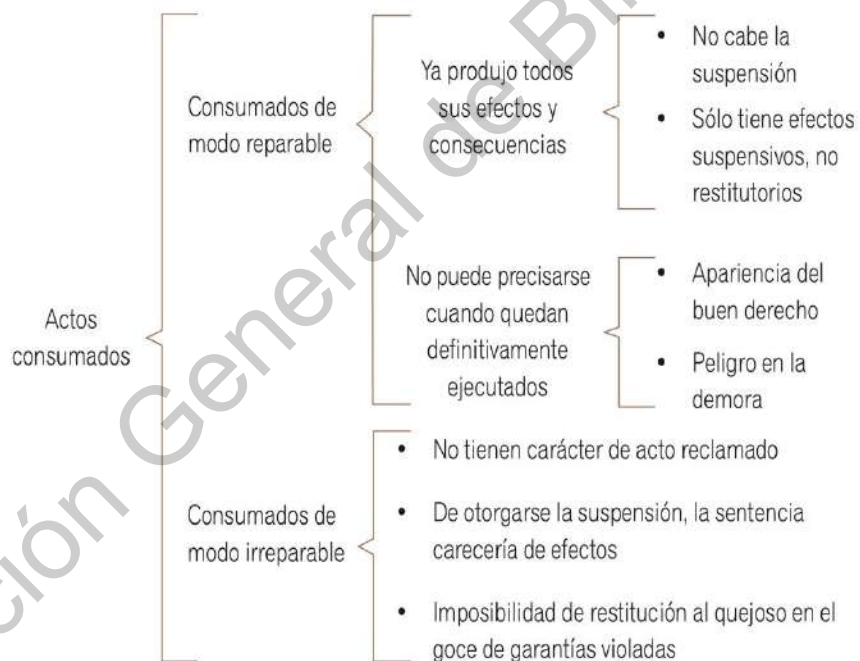
SON SUSPENDIBLES	NO SON SUSPENDIBLES
Actos existentes.	Actos inexistentes.
Actos futuros inminentes.	Actos futuros inciertos.
Actos de autoridad.	Actos de particulares.
Actos positivos.	Actos negativos.
Actos prohibitivos	Actos declarativos.
Actos negativos con efectos positivos.	Actos positivos con efectos negativos.
Actos sin consumir.	Actos consumados.
Actos de tracto sucesivo, continuados o continuos.	Actos instantáneos consumados.
Leyes aplicativas o heteroaplicativas.	Proceso de creación de las leyes.

Esos autores se apoyan en extensas citas de tesis de jurisprudencia que les sirven a esa clasificación de los actos. Buena parte de esas tesis de jurisprudencia se asumen acríticamente y, podemos decir, incluso hasta como dogmática. La tabla muestra de cuerpo completo un planteamiento que, a todas luces, se observa excesivamente rígido y puede notarse que las categorías de los actos se convierten en reglas inflexibles para la decisión sobre la suspensión. El punto central, de nuevo, se centra en clasificar el acto y las distintas clases de actos; una vez que se encuentra a qué clase pertenecen lo demás viene dado: negar o conceder la suspensión depende de la clasificación y no interesa el derecho alegado.

¹³¹ MONARQUE Ureña, Roldofo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo. Planteamiento esquemático*, 3ª ed, Ciudad de México, Porrúa, 2016, pp. 69 y 140. La misma tabla y su explicación introductoria aparece duplicada en las páginas mencionadas.

Tanto Campuzano, Monarque y Novia en sus respectivos textos sostienen que la suspensión es una medida cautelar. En ambos casos, ese es el punto de arranque para sus análisis, pero, siguiendo sus propias obras podemos notar que esa asunción se vuelve terminología vacía. Asumen acríticamente la noción de medida cautelar de la suspensión sin centrar su atención en lo que implica ello. Importa bastante, en este caso, que se limiten sólo a decir que es una medida y no una tutela cautelar; olvidan por completo que la suspensión es una verdadera tutela de los derechos, con la evidente temporalidad a la que está sujeta.

Tomemos un ejemplo más, en este caso de Hernández Álvarez, que escribió acerca de la llamada “teoría del acto reclamado”, en su texto, esta autora efectuó una labor descriptiva de la clasificación de esos actos, en su mayor caso a partir de varias tesis de jurisprudencia. De su texto tomemos el cuadro que elabora la autora en relación con los actos consumados¹³²:



Como podemos notar la clasificación de los actos condiciona el resultado de la suspensión; lo que importa es la forma en la que el acto se presente para el análisis de la procedencia de

¹³² HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Teoría del acto reclamado, en TAFOYA Hernández, J. Guadalupe (coord.), *op. cit.*, p. 175

la suspensión. De nueva cuenta, la clasificación que fue construyendo la jurisprudencia se muestra inflexible y rígida; es en realidad una regla que condiciona la decisión del juez acerca de la suspensión. Aquí se muestra que la noción de tutela cautelar sigue lejana y que la noción de la teoría de los actos como clasificación sigue siendo ese elemento precautelar que ata la suspensión a viejas prácticas.

En el quehacer de los tribunales de amparo esa clasificación sigue siendo empleada. Una primera muestra nos la da el fallo del pleno en materia civil del cuarto circuito en la contradicción de tesis 1/2017, en tal caso se dijo: «... es sabido que la suspensión no procede contra actos declarativos...»¹³³. Otro ejemplo lo podemos ver en la sentencia de la contradicción de tesis 1/2017 del pleno en materia administrativa del cuarto circuito, en ella se dice: «por regla general, la suspensión sólo opera contra los actos de autoridad de carácter positivo (...) en cambio, no procede la suspensión, contra actos negativos que constituyen abstenciones...»¹³⁴

Como se dijo, si hemos de ver a la suspensión como cautelar hay que poner atención en su función como tutela y la discrecionalidad que ello conlleva. Hay que ser cuidadosos en notar que cada acto que se reclame en el juicio de amparo puede conllevar una afectación distinta, peculiar o hasta única en los derechos de las personas; por el contrario, si la atención y el análisis parte de la estructura del acto y categoría general el punto central no será la afectación a los derechos, sino la forma en que la autoridad los afectó. Si la suspensión va a mirar al acto en abstracto bajo esas categorías añejas; es muy probable que acabe tutelando poco o nada los derechos y se pierda por completo su finalidad de tutela temporal de los mismos.

Nunca se debe perder de vista el objetivo de la suspensión: tutelar los derechos constitucionales mientras el proceso de amparo sigue su curso. Esa protección y no otras cuestiones son las que deben privilegiarse y no seguir una práctica que, por muy longeva que sea, se vuelve un lastre para esa finalidad. Seguir la clasificación de esos actos y decidir sobre

¹³³ Contradicción de tesis 1/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, noviembre de 2017, Libro 48, Tomo III, página 1575.

¹³⁴ Contradicción de tesis 1/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, septiembre de 2017, Libro 46, Tomo II, página 1578.

la base de ellos aleja al juez del caso y lo sitúa en un grado de generalidad tal que provoca que la tutela que promete la suspensión no sea más que una realidad lejana. Conviene recordar lo que decía Bix: «podría decirse de los asuntos jurídicos lo que se dice de los copos de nieve: que no hay dos exactamente iguales»¹³⁵.

Como se observó, los cambios normativos no transforman la realidad si los operadores y destinatarios de esas modificaciones se mantienen anclados a viejas concepciones. Con su buena pluma Marinoni decía: «no pueden reafirmarse las construcciones teóricas, aunque las hayan construido ilustres juristas, si fueron pensadas para otra realidad.»¹³⁶

Es en este punto cuando se puede notar que la llamada “teoría de los actos reclamados” fue pensada para una idea de suspensión que ya no corresponde con la realidad. Esa teoría supone un retroceso en la puesta en marcha de una concepción genuinamente cautelar de la suspensión; que la aleje de un marco de decisión rígido y que restrinja la discrecionalidad que la tutela cautelar debe tener para cumplir el propósito que persigue.

V. 2. LAS REGLAS DE LA CLASIFICACIÓN

La taxonomía de los actos reclamados, que ha elaborado por varios años la jurisprudencia, llevó consigo la creación de reglas para la decisión sobre la suspensión¹³⁷. Esas reglas condicionaron la labor de los juzgadores de amparo dirigiendo su atención a buscar en qué categoría de la clasificación se ubicaba el acto reclamado y, una vez encontrada, la regla dictaba si era concedida o negada la suspensión. Este escenario es la muestra de que la jurisprudencia influye en los jueces como el perfecto heurístico de anclaje que se describió en el capítulo anterior.

¹³⁵ BIX, Brian, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, D.F., México, IJ-UNAM, 2010, p. 183.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme *op. cit.*, p. 73.

¹³⁷ La pregunta de si ¿los jueces crean derecho? es una pregunta de capital importancia para el derecho, la filosofía del derecho, las ciencias políticas, etcétera, desde luego, la respuesta o el examen de la misma excede con mucho las limitaciones de este trabajo. Por ello, asumo la idea de que, por lo menos en la práctica la jurisprudencia en nuestro país materialmente sí ha producido reglas aplicables y con vinculación para los demás jueces. Si la jurisprudencia actúa o no como precedente y la problemática en caso de la suspensión la trataremos en el siguiente capítulo.

La jurisprudencia en México en materia de amparo tiene plena obligatoriedad. Esa fuerza vinculante está normada en la propia constitución que en el párrafo décimo del artículo 94 precisa que la obligatoriedad será definida por la legislación ordinaria. En el caso de la legislación en materia de amparo se estableció que el pleno de la corte, las salas de la misma, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito pueden emitir jurisprudencia y las modalidades en las que esta será obligatoria. La fuerza vinculante de la jurisprudencia no es novedosa, por el contrario, desde el siglo XIX ya se había recogido esa idea¹³⁸.

Sobre la base anterior es posible decir que la jurisprudencia en México crea reglas que se convierten en fuente del propio sistema normativo. Aguiló apunta: «la creación judicial de normas tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo»¹³⁹.

Otro rasgo acerca de la creación de reglas por los tribunales se puede notar en las ideas de Alexander y Sherwin, quienes toman como válida la idea de que los jueces crean reglas a través de los precedentes y que, además, tiene cierta valía que así sea; aun describiendo los problemas que esto acarrea y que los jueces no son los creadores ideales de reglas¹⁴⁰. Tomemos algunas palabras de esos autores al referirse a los precedentes:

«Una regla seria, como nosotros utilizamos el término, es una prescripción aplicable a una variedad de casos, que ejerce autoridad preventiva sobre los tomadores de decisión. (...) La función del tribunal es identificar la regla aplicable (si la hay) a la disputa que le ocupa, deducir el resultado prescrito por la regla y decidir en correspondencia. (...)

¹³⁸ Desde 1882 y sobre la base de las ideas de Vallarta ya existía esa fuerza vinculante. SANCHEZ Gil, Rubén, *El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos*, Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional, Núm .43, julio-diciembre, 2020, p. 394.

¹³⁹ AGUILÓ Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2011, p. 131.

¹⁴⁰ ALEXANDER, Larry y Sherwin, Emily, *Los jueces como creadores de reglas*, Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho, No. 4, 2010, pp. 136-140.

En efecto, una comprensión del precedente orientada por reglas, otorga autoridad a los tribunales previos para resolver disputas futuras al anunciar reglas.^{141»}

Alexander y Sherwin apuntan a que la creación de reglas por los tribunales protege la confianza de los usuarios de esos tribunales; la generalidad de las reglas aumenta el alcance de lo que ha sido formalmente asentado y limita la discrecionalidad de jueces futuros que abona a la imparcialidad en la toma de decisiones¹⁴². En suma, para esos autores, es un hecho que los jueces en la construcción de sus precedentes crean reglas.

La jurisprudencia en México tiene una obligatoriedad normada y es producida por distintos órganos jurisdiccionales del poder judicial de la federación; a través de esa jurisprudencia los jueces emiten reglas destinadas a otros jueces inferiores que están atados y obligados a seguir las mismas¹⁴³. Las decisiones de los jueces obligados y destinatarios de la jurisprudencia se centra en la aplicación de esa clase de reglas.

Para el caso de la suspensión en el juicio de amparo la jurisprudencia, como se ha visto, fue creando una clasificación de los actos reclamados en ese juicio y la regla que era aplicable para cada uno. La decisión del juez que conoce de la suspensión se centra en esa aplicación de las reglas previamente establecidas y, con ello, negar o concederla. Si la decisión sobre la suspensión descansa en las reglas de esa clasificación; entonces, hay que analizar cómo es que se construyen las decisiones basadas en reglas y categorías.

Frederick Schauer escribió un estupendo libro al respecto: *Las reglas en juego*. Ese autor inicia sosteniendo que buena parte de las actividades humanas dependen de la creación,

¹⁴¹ *Ídem*, p. 136-137.

¹⁴² *Ídem*, p. 139-140.

¹⁴³ La propia corte reconoce que su jurisprudencia crea reglas. Los artículos 39 y 41 fracción I del acuerdo general número 17/2017 expresan que para confeccionar las tesis estas deben tener una estructura de regla. Véase: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acuerdo general número 17/2019, de veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve, del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el semanario judicial de la federación y en su gaceta, de las tesis que emiten la suprema corte de justicia de la nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito, Diario Oficial de la Federación, 9 de diciembre de 2019.

conocimiento y aplicación de reglas¹⁴⁴. En sus palabras: «generalizar es involucrarse en un proceso que es parte de la vida misma»¹⁴⁵. Ese mismo efecto de las categorías lo podemos ver en el derecho: éste crea sus propias categorías y ejerce fuerza jurídica sobre la realidad al categorizarla¹⁴⁶.

Las categorías buscan agrupar ciertos datos para que sea más fácil procesarlos. Esa agrupación se da a través de buscar ciertas particularidades dentro de un amplio número de casos que puedan compartir; la categoría agrupa casos particulares que previamente son diferentes entre sí y sólo se vuelven similares en virtud de la categoría¹⁴⁷. Schauer lo explica:

«Las generalizaciones son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes»¹⁴⁸.

«Las categorías jurídicas son importantes, y el Derecho con cierta frecuencia agrupa en una misma categoría jurídica particularidades que de otro modo no estarían relacionadas, y lo hace para los propósitos especiales del propio derecho»¹⁴⁹.

Con esas ideas en mente es posible decir que cuando hablamos de una categoría, hablamos acerca de una selección y exclusión de ciertas particularidades que agrupan en ella cuestiones que de otro modo serían distintas. En ese contexto, el derecho crea sus propias categorías para agrupar supuestos particulares en un mismo concepto; por ejemplo el ilícito civil.

¹⁴⁴ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp.75-80.

¹⁴⁵ *Ídem*, p. 76.

¹⁴⁶ SCHAUER, Frederick, *La categorización en el derecho y en el mundo*, DOXA, cuadernos de filosofía del derecho, No. 28, 2005, p. 308.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego, op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁹ SCHAUER, Frederick, *La categorización en el derecho y en el mundo, op. cit.*, p. 313.

Ahora, las reglas de las que se ocupa Schauer son precisamente la forma en la que el derecho crea una categoría, para los fines propios del derecho. En particular y para lo que aquí interesa se acude a lo que Schauer refiere como reglas prescriptivas¹⁵⁰. Así, esas reglas se componen de un predicado fáctico, que es la hipótesis de la regla: las condiciones fácticas de aplicación de la misma y; un consecuente: que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas por el predicado fáctico. Sobre la categorización que hacen esa clase de reglas Schauer apunta:

«...la generalización prescriptiva comienza habitualmente con un individuo, lo toma como ejemplar de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es casualmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general»¹⁵¹.

En esta clase de reglas lo que importa es la categoría más general; es más, ésta es la que justifica la prescripción de la regla. Las generalizaciones que se construyen sobre esa base son «selectivas de las propiedades de un caso individual y suprimen otras, los individuos comprendidos por una generalización son similares con respecto a la propiedad generalizadora pero probablemente diferentes en muchos otros aspectos»¹⁵².

En este punto es esencial detenernos y hacer un paréntesis en algo que, a la postre, nos será relevante: la generalización prescriptiva que hace una regla deja fuera muchas de las propiedades particulares e individualizantes de muchos casos; esa exclusión provoca que las reglas adquieran cierta rigidez que las hará menos adaptables a la una propiedad individualidad que sea relevante en un caso concreto posterior.

Schauer nota algo importante acerca de esas reglas prescriptivas: la vaguedad en que pueden incurrir. A este fenómeno ese autor, con evidente referencia a Hart, le denomina: textura

¹⁵⁰ La distinción de Schauer parte de las reglas descriptivas y las prescriptivas; las primeras son generalizaciones empíricas; mientras que las segundas son empleadas para orientar, controlar o cambiar conductas de agentes con capacidad de tomar decisiones. SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, op. cit., p. 80 y ss.

¹⁵¹ *Ídem*, p. 84.

¹⁵² *Ídem*, p. 97.

abierta de las reglas. Ese fenómeno deriva de la posibilidad de que incluso si se emplea el «término menos vago, el más preciso, se torne vago como consecuencia de nuestro imperfecto del mundo y de nuestra capacidad limitada de predecir el futuro»¹⁵³. Esta tensión con la vaguedad se acrecienta cada día más con los continuos cambios sociales y tecnológicos de las sociedades contemporáneas. Schauer afirma:

«La textura abierta es la posibilidad ineliminable de vaguedad, la contingencia inerradicable de que incluso el término aparentemente más preciso pueda, cuando se lo confronta con un caso no previsto al momento en que el término fue definido, tomarse como vago con respecto a ese caso. No importa cuán cuidadosamente persigamos el máximo de precisión en nuestras definiciones y, por lo tanto, en las generalizaciones que esas definiciones reflejan y crean, algún hecho no previsto siempre puede confundirnos»¹⁵⁴.

Con lo dicho, el autor no deja de notar que las generalizaciones no son universales. Se trata de cuestiones que más que universalizar se basan en probabilidades y, como tal, pueden incluir casos que no deberían o dejar fuera otros que debieran estar comprendidos en la generalización. Incluso, acota Schauer, las generalizaciones que nos pueden parecer más universales se ven confrontadas con el fenómeno de la textura abierta que mostrará, de nuevo, que más que ser universales son meramente probabilísticas¹⁵⁵.

Si las reglas prescriptivas que se han estado viendo y, la generalización en que se basan, dejan fuera muchas propiedades individuales y en ciertos contextos la textura abierta muestra como errónea para un caso esa regla es importante observar porqué esto ocurre. Schauer señala que cuando la generalización deja fuera una propiedad que luego se convierte en relevante, estamos en presencias de lo que denomina: experiencias recalcitrantes, es decir, cuando la generalización se torna inadecuada. Estas experiencias las enlista de la siguiente forma: una

¹⁵³ *Ídem*, p. 94.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ídem*, p. 97.

generalización garantizada de manera probabilística es incorrecta en un caso; una generalización universal resulta no serlo y una propiedad soslaya ahora es relevante¹⁵⁶.

Cuando estamos en presencia de esas experiencias recalcitrantes —seguimos aquí con las ideas de Schauer— las reglas pueden adaptarse a las mismas o no. El autor describe un par de modelos acerca de la adaptación: uno conversacional donde las reglas pueden ser adaptables sobre la marcha a partir de cuando concurren esas experiencias recalcitrantes¹⁵⁷ y un modelo atrincherado en que las reglas no son maleables y la adaptación está obstaculizada, este último modelo es el que sirve para la toma de decisiones basadas en reglas, sobre todo en el campo del derecho¹⁵⁸.

En los casos en que la generalización en que se apoya la regla se vuelve atrincherada, las generalizaciones anteriores, y lo que se decidió tomar como propiedades para las mismas, permiten dar cuenta con sencillez de casos similares a los del pasado; sin embargo, esa misma generalización impiden dar cuenta de casos futuros que se alejen de esa expectativa previa. Sobre el modelo atrincherado escribe Schauer:

«... ciertas posibilidades descriptivas que pueden existir en teoría resultan bloqueadas en la práctica por el modo en que las generalizaciones existentes encauzan la comprensión y la observación hacia ciertas direcciones y las apartan de otros (...) En la medida en que las generalizaciones disponibles resultan atrincheradas, ciertas opciones descriptivas nunca serán vistas, otras serán sustancialmente más difíciles de expresar y otras se volverán menos comprensibles de lo que habrían sido si ciertas generalizaciones no hubiesen estado atrincheradas»¹⁵⁹.

En esa clase de modelo la generalización es inmutable. En todos los casos, la decisión descansará en los términos de la propia generalización; incluso en los casos en que la propia

¹⁵⁶ *Ídem*, p. 98.

¹⁵⁷ *Ídem*, pp. 97-100 y 103.

¹⁵⁸ *Ídem*, p. 101-103.

¹⁵⁹ *Ídem*, p. 103.

generalización no sirviera de justificación subyacente a ese caso¹⁶⁰. En el caso de las reglas la generalización es parte necesaria de las mismas y cuando ésta resulte atrincherada «comprenderá (actual o potencialmente) individuos no comprendidos por la aplicación directa de la justificación que subyace a la regla, y ni comprenderá individuos que sí estarían comprendidos por la aplicación directa de las justificaciones a la regla»¹⁶¹. Las reglas se mueven mejor en un modelo atrincherado; la regla necesita ese atrincheramiento que le permita resistirse al impulso de la modificación; toda regla busca permanecer¹⁶².

Precisado lo anterior, enfoquémonos ahora en la toma de decisiones. Schauer sostiene que hay dos formas en la que se toma una decisión: una particularista y una basada en reglas. La particularista centra su atención en las cuestiones relevantes que tiene cada caso y cómo impactan en la decisión que hay que toma; es casuística. La decisión basada en reglas deja algunas características de lado, que en otro contexto serían relevantes, para encuadrar la decisión en la categorización general¹⁶³. Sobre ello, resulta obvio que la toma de decisiones basadas en reglas se vale del modelo atrincherado. Sobre esta cuestión escribe Schauer:

«...la característica que resulta tanto condición necesaria como suficiente para la existencia de decisiones basadas en reglas es la ausencia de la maleabilidad constante más que la presencia de especificidad limitada. La maleabilidad limitada —aun más que la especificidad limitada— es en consecuencia fundamental para explicar la diferencia entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones particularistas (...) La decisión de acuerdo con reglas, por lo tanto, se distingue precisamente porque, y consiguientemente cuando, se trata a las instancias en sí mismas como fundamentos para la decisión, más que como indicadores meramente derrotables de los resultados que probablemente se alcanzarían a través de la aplicación directa de sus justificaciones subyacentes»¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Ídem*, p. 108.

¹⁶¹ *Ídem*, p. 109.

¹⁶² *Ídem*, p. 111 y 122-124.

¹⁶³ *Ídem*, pp. 137 y 138.

¹⁶⁴ *Ídem*, pp. 144-145.

Así, la toma de decisiones basadas en reglas se centra exclusivamente en las propiedades que se incluyeron en la generalización y cómo fueron incorporadas; al centrar su atención en esa categoría general deja de lado un basto margen de propiedades o condiciones que se encuentran en múltiples casos. La decisión se centra en si el caso se encuadra en la categoría general —la hipótesis de predicado fáctico— y la consecuencia que prevé la regla —aplicación del consecuente—; todas las demás propiedades o características del caso serán marginadas para efectos de la decisión que se habrá de adoptar.

Trasladándonos al campo de la decisión sobre la suspensión; se ve que la llamada “teoría de los actos reclamados” implica un modelo que optó por la creación de categorías generalizadas acerca de los actos que podían reclamarse en el juicio de amparo y, sobre los cuales, habrían de pronunciarse los jueces con relación a la suspensión. Esto, a su vez, implicó la creación de reglas prescriptivas atrincheradas que conminaban a los jueces a un modelo de decisión basado en reglas; la jurisprudencia actuaba como esa regla atrincherada que condicionaba la decisión misma.

En ese sentido, la clasificación que emplea esa “teoría de los actos reclamados” partía de ciertas características generales de los actos reclamados y sobre se base atrincheraba las mismas para una decisión futura a efecto de que no fueran maleables. La decisión sobre la suspensión se circunscribía a ubicar al acto reclamado en esa categorías generales y con ello reducir la decisión a aplicar el consecuente de la regla. Desde luego, cualquier particularidad del caso estaba ausente de la decisión sobre la suspensión; es más, le interesaba poco el o los derechos que se buscaba proteger, importaba solamente saber qué acto era el reclamado y qué regla aplicaba al mismo. La generalización superaba con creces las particularidades del caso; éstas no eran relevantes para la decisión.

V. 3. UN FUNERAL PARA LA CLASIFICACIÓN

Si queremos tener una suspensión que sea genuinamente cautelar es necesario que los jueces tengan un margen amplio de discrecionalidad. Hay que privilegiar el particularismo que tenga cada caso para efectos de la decisión sobre la suspensión; no hay dos casos idénticos y los

derechos se pueden afectar de tan variadas formas que no podemos encasillarlos en unas categorías tan generales que dejen fuera tantas particularidades.

La llamada “teoría de los actos reclamados” es un lastre que pone en serio predicamento no a la suspensión, sino a los derechos que ésta busca proteger. Centrar la atención de los jueces y pedirles que miren al acto reclamado y lo categoricen provoca que extravíen la mirada sobre los derechos que se están afectado o se van a afectar. Esa “teoría” privilegia un modelo de decisión basado en las reglas que construyó la añeja jurisprudencia y deja de lado que, siendo una cautelar la suspensión, ésta tiene un componente evidentemente casuístico en el que se han de presentar un sin fin de particularidades a las que hay que mirar. No hay regla que pueda prescribir consecuencias sobre ese universo tan amplio de cuestiones; sobre todo porque somos evidente malos para predecir muchas de las cuestiones a las que esa regla pueda, en potencia, aplicarse.

Recordemos algo, la incorporación en la constitución de la apariencia del buen derecho no es una cuestión baladí; por el contrario, es la que obliga a mirar a la suspensión fuera de las categorías creadas por “la teoría de los actos reclamados”. Esa apariencia obliga al juez a mirar las particularidades del caso, los derechos que se alegan afectados y apreciar en ese momento la constitucionalidad del acto reclamado y estimar, si en ese momento, la persona que pide la suspensión puede llegar a tener la razón. Además, el punto de partida será lo que el derecho material demande para su protección; evidentemente, con una infinidad de aristas que pueden presentarse. De nuevo, estamos en presencia de una decisión particularista y discrecional, no podemos pensar que con sólo mirar cómo se presenta el acto y en qué categoría se encuentra comprendido podamos obtener la decisión sobre si negar o conceder la suspensión. Pensar en que la solución parte de una regla generalizada equivale, en este caso, a dejar sin protección a los derechos por todo el tiempo que el proceso de amparo se lleve.

Es necesario que los razonamientos basados en esa “teoría” y ese modelo de decisión basado en las reglas que construyó la jurisprudencia se abandonen. En la actualidad esa “teoría” ya no es necesaria, no puede pedírsele o conminársele a los jueces —a través de a obligatoriedad

de la jurisprudencia— a mirar sólo al acto reclamado cuando la propia constitución les obliga a observar todas las aristas de cada caso. Esa categorización de los actos reclamados y las reglas que creó la jurisprudencia se construyó para una noción de suspensión que ha quedado en el pasado.

Lo que se pide no es, ni será, una labor sencilla para el juzgador. La dinámica propia de la decisión sobre la suspensión implica la toma de decisiones rápidas, que han de tomarse contra reloj con el componente de urgencia que demandan los derechos afectados o por afectarse, con un panorama del caso limitado y con los heurísticos y sesgos de cualquier persona. Todos quisiéramos poder acudir a unas categorías que nos simplifiquen esa carga, que apoyados en ellas podamos tomar decisiones rápidas respaldadas en generalizaciones; lo cierto es que no podemos seguir acudiendo a esas clasificaciones que dejan de lado a los derechos en juego sólo por aligerar nuestra carga. Si los derechos nos importan y sobre ellos construimos el orden constitucional; no podemos ser indiferentes a las necesidades de los mismos en el campo de la tutela cautelar que promete la suspensión, por ello, es que debemos poner la lápida en la tumba de aquella “teoría”.

CAPÍTULO VI. LOS PRECEDENTES DEL JUICIO DE AMPARO Y LA SUSPENSIÓN

*¿Y las leyes?
¿Cuáles leyes, Fulgor? La ley de ahora en
adelante la vamos a hacer nosotros.*
Juan Rulfo, Pedro Páramo

El pasado capítulo fue un alegato contra cierta tendencia de la jurisprudencia; pero, hay que dejar en claro que no fue una afrenta contra la jurisprudencia en general. Por el contrario, la jurisprudencia tiene un lugar especial para la funcionalidad del juicio de amparo; adquiere gran valía en multiplicidad de casos. Aunque también, en algunos otros, aleja de la realidad la promesa protectora del juicio de amparo.

En este capítulo se verá si la jurisprudencia tiene o adquirió la función de ser precedente y lo observaremos no sólo desde una perspectiva normativa, sino de una funcional; es decir, no sólo saber si tenemos un sistema de precedentes que funcione de *iure*, sino, además, observar si funciona, también, de *facto*.

Algo, que será imposible dejar de lado, es que la jurisprudencia que deriva de la práctica del juicio de amparo acarrea algunos males que trastocan su efectividad o su funcionalidad y comprometen las decisiones que se toman sobre la base de lo dicho en la jurisprudencia.

Finalmente, se verán las razones por las cuáles es indispensable que se cuente con esa herramienta para las decisiones acerca de la suspensión y, con ello, dar cuenta que el proceso de amparo y la tutela cautelar que en él se da a través de la suspensión necesariamente deben de poder servirse de un sistema de precedentes.

Como se pudo notar en el capítulo V, la toma de decisiones sobre la base de la jurisprudencia —precedentes— obedece a un razonamiento a partir de reglas; desde luego, en ese capítulo se mostró que cierta jurisprudencia que construyó categorías abstractas se tradujo en reglas que detenían el avance de la suspensión como una verdadera tutela cautelar. Sin embargo, la

toma de decisiones basadas en reglas que derivan del uso del precedente es muy valiosa para las decisiones acerca de la suspensión; obviamente no es los casos en que esa jurisprudencia creaba la taxonomía de los actos reclamados que vimos ya como perjudicial, pero en muchos otros sí cuando se decanta a crear reglas que atienden más a los ciertos y concretos aspectos fácticos. En este capítulo se podrá apreciar esas ventajas.

VI.1 EL PRECEDENTE Y LA JURISPRUDENCIA

Desde hace tiempo se empleó y construyó la idea acerca de la jurisprudencia y no una noción del precedente en nuestro país. El influjo de pertenencia a los países con raíces y tradición en el derecho continental nos condujo a usar el término jurisprudencia, término y práctica más propio de esa tradición. En el caso de nuestro país la mejor forma de describir a la jurisprudencia es que ésta equivale al conjunto de decisiones y criterios de los tribunales¹⁶⁵. Una tradición que se remonta hasta el siglo XIX y las ideas de Vallarta que la introdujeron¹⁶⁶; es decir, tenemos ya una añeja tradición en el uso de la jurisprudencia; aunque, por desgracia, poco análisis de las implicaciones de la misma.

Ahora, el que hayamos tenido la noción de jurisprudencia en nuestro sistema desde hace más de una centuria no quiere decir que hayamos reflexionado o analizado la función que ésta tiene como precedente, aun cuando esa función era la que, en la realidad, más importaba. Por el contrario, hasta hace poco tiempo la noción de precedentes estaba ausente dentro de la discusión del foro de los tribunales y en las obras académicas; esto era porque no se veía necesario adentrarse en esa noción del precedente que parecía tan ajena a nuestra práctica y que sólo existía en los países inmersos en la tradición anglosajona¹⁶⁷.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.* pp. 381 y 382.

¹⁶⁶ Véase, nota 138, *infra*.

¹⁶⁷ Al respecto SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.* p. 398, pone realce en un precedente de 2015 en que la primera sala de la corte enfoca sus sentencias dentro del marco de una teoría del precedente. Además, en el ámbito académico podemos encontrar las obras de: GÓMORA Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, Ciudad de México, IJJ-UNAM, 2018 y BERNAL Pulido, Carlos, *et. al.*, *El precedente en la suprema corte de justicia de la nación*, Ciudad de México, CEC-SCJN, 2018 que parten de la noción de precedentes, dejando de lado y describiendo cómo es que la jurisprudencia actúa como precedente.

MacCormick y Summers concluían que lo cierto es que el uso del precedente hoy es prácticamente inevitable: todos los países tienen una mezcla de un sistema legislativo y un sistema de precedentes; ningún ordenamiento puede funcionar o estar sin ambos. Esos autores detallan que el empleo del precedente opera ya sea normado o como una práctica de facto, incluso apuntan a que buena parte del desarrollo del derecho se basa en precedentes¹⁶⁸. Bankowsky describía que todo sistema codificado muestra la necesidad de recurrir a la interpretación para resolver las ambigüedades, obscuridades e indeterminación del derecho legislado¹⁶⁹.

En general, cuando se habla de un sistema de precedentes se refiere a la eficacia vinculante o el uso de facto de las decisiones previas de los tribunales que tienen como función modelar las decisiones posteriores. Señalan MacCormick y Summers: «La aplicación de las lecciones del pasado para la resolución de problemas del presente y del futuro, es parte básica de la razón práctica del ser humano»¹⁷⁰.

En ese contexto, Duxbury, con meridiana claridad, se refiere a los precedentes de la siguiente forma: «el precedente es un evento pasado —en el derecho ese evento es casi siempre una decisión— que sirve de guía para la acción presente¹⁷¹»; complementa ese autor diciendo que no toda decisión pasada será un precedente, algunas serán olvidadas pronto y no volverán a ser usadas y, por tanto, no guiarán ninguna acción en el futuro. Entender el precedente implica explicar cómo los eventos pasados y las acciones presentes están conectados y cómo esa conexión sirve de guía a los eventos presentes¹⁷². Los precedentes son, en ese contexto, razones autoritativas para la decisión presente; tan autoritativos son que se deben seguir con independencia si se está de acuerdo con ellos o no¹⁷³. Para el abogado que prepara un caso

¹⁶⁸ MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, “Introducción” y “Reflexiones adicionales y conclusiones”, ambos en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, Ciudad de México, TEPPJF, 2016, pp. 17, 493 y 495.

¹⁶⁹ BANKOWSKY, Zenón, *et.al.*, “Los fundamentos del precedente”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, Ciudad de México, TEPPJF, 2016, p. 450.

¹⁷⁰ MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, “Introducción”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷¹ «A precedent is a past event —in law the event is nearly always a decision— which serves as a guide for present action.» La traducción es propia. DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ *Ídem*, p. 2-3.

para presentar ante los tribunales, más le vale mirar y construir su caso teniendo en cuenta los precedentes; pues, ignorarlos lo pone de inicio fuera del juego.

En uno de sus trabajos Ronald Dworkin comparaba al derecho con la literatura y, sobre esa base, hacía una analogía entre el sistema de precedentes y una novela en cadena, en ese caso distintos novelistas deben crear una única novela basándose en los capítulos que van escribiendo previamente sus compañeros novelistas. Dworkin compara la labor de esos novelistas con el trabajo de los jueces al usar el sistema de precedentes; éstos tienen que leer todo lo previamente escrito —los precedentes— e interpretarlo coherentemente. Ese autor escribía:

«Todo juez debe pensarse, al decidir un nuevo caso que se le presenta, como parte de una compleja empresa en cadena cuya historia está compuesta por esas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas; su trabajo es el de prolongar esa historia al futuro con lo que hace en el presente. Debe interpretar lo que ocurrió antes porque tiene la responsabilidad de llevar adelante la empresa de la que participa y no apartarse de ella tomando una nueva dirección propia. Por eso, debe determinar, según su entender, en qué consisten las decisiones anteriores, cuáles fueron realmente, si se las toma en conjunto, el eje o el tema de la práctica hasta el momento»¹⁷⁴.

La labor del juez con relación a los precedentes es volverse partícipe de esa narración en cadena. El empleo del uso de un sistema de precedentes es algo que resulta inevitable; cada decisión del juez ha de buscar en todo el edificio construido antes por otros jueces que tuvieron que decidir casos similares o análogos. Kahn decía: «toda la sentencia es una discusión sobre el significado de muchas sentencias pasadas»¹⁷⁵.

En ese contexto, se puede hacer una distinción dentro de un sistema de precedentes, Twining y Miers apunta a que hay dos perspectivas acerca de los precedentes: una que tiene que ver con la doctrina sobre los precedentes y otra con la práctica en el manejo de los precedentes.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald, “En que se parece el derecho a la literatura”, en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 207-208.

¹⁷⁵ KAHN, Paul, *op. cit.*, p. 177.

La doctrina consiste en la reglas que prescriben cómo los casos previos deben y pueden emplearse como marco de referencia; por su parte, la práctica describe el tanto de técnicas que usan los jueces y abogados para manejar ese marco de referencia que consisten en los casos previos¹⁷⁶. Esta distinción será relevante en forma posterior para el caso de la práctica en nuestro país.

La doctrina acerca de los precedentes se ocupa del análisis de los efectos que esas decisiones pasadas tiene en casos posteriores. El primer punto de esa doctrina se cierne en verificar si el precedente genera un efecto horizontal o vertical sobre quien debe decidir el caso presente. En el caso del efecto vertical, las decisiones pasadas de un tribunal superior vincula a los tribunales inferiores que posteriormente habrán de decidir un caso; en el caso del efecto horizontal, las decisiones del propio tribunal, con ciertas excepciones, deben seguirse como precedente¹⁷⁷.

El primero de esos efectos no presenta demasiada controversia; aun en los casos en que no exista una vinculación normativa a seguir los precedentes, la posición jerárquica de los tribunales superiores condiciona la decisión de los tribunales inferiores¹⁷⁸. Sin embargo, el efecto horizontal es más controversial, pues el tribunal se debe guiar por sus propios precedentes pero tiene varias posibilidades de no hacerlo con cierta discrecionalidad¹⁷⁹.

¹⁷⁶ TWINING, William y Miers, David, *How to do things with rules*, 5ª, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 277. En las palabras de esos autores: «A distinction therefore needs to be drawn between accounts of *the doctrine* of precedents and descriptions of *the practice* of handling precedent. The doctrine consist of the rules which prescribe how prior cases must, may and can be used. These rules provides a general framework for arguing about and using prior cases and ares, as we shall see, generally quite permissive. Descriptions of the practice of precedent deal with the wide range of techniques which are in fact used by judges and other interpreters when handling prior cases within the framework of the doctrine». Una de las cuestiones que se ocupa la doctrina, desde una perspectiva más teórica, es si los jueces crean o declaran el derecho. Esa cuestión, como señalamos en los apartados previos de este trabajo, tiene que dejarse de lado por el espacio amplio de discusión que suscita. Véase pp. 297-293.

¹⁷⁷ *Idem*, pp. 279-281.

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele, “Factores institucionales que influyen en los precedentes”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 409. Kozel señala: «In the business world, there are two types id request: those that come from your boss and those come from everyone else. The same goes for court». KOZEL, Randy J., *Settlet versus right. A theory of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 19.

¹⁷⁹ TWINING, William y Miers, David, *op. cit.*, p. 282-283.

Twining y Miers señalan que la doctrina acerca del precedente no debe impedir a los posteriores jueces a reinterpretar los casos pasados. En algunas ocasiones los casos no presentan duda y la decisión previa se toma simplemente como autoritativa. Hay otros casos en que las condiciones del caso presentan nuevas peculiaridades que hace necesario que los jueces posteriores busquen la sustancia del precedente. La práctica del precedente se ocupa, precisamente, de los casos en los que es necesario buscar el uso de los precedentes como razones autoritarias a partir de su interpretación¹⁸⁰. Las técnicas se vuelven indispensables para la labor cotidiana del uso del precedente; técnicas que permiten hacer distinción sobre los hechos, emplear la analogía, sobre el alcance de la decisión previa o el cambio de las condiciones normativas o sociales, entre otras, permiten que los precedentes puedan ser aplicadas en la práctica diaria¹⁸¹.

Ahora, si la práctica de seguir las decisiones previas está presente en todo ordenamiento, es necesario, en forma previa verificar si estamos en presencia de una vinculatoriedad formal o de *iure* de los precedentes o un sistema informal o de *facto* con respecto a los precedentes¹⁸². Se vuelve necesario pues será el punto de partida para, posteriormente, saber si una decisión respeta, omite, deroga o se distingue de un precedente previo, las reglas que se deben seguir y la consecuencias de cada caso.

En nuestro país, se puede decir, que tenemos un sistema normado sobre la jurisprudencia — a la que ubicaremos como precedente en seguida— que se desencadena del artículo 94 constitucional; en esa previsión se le delega al legislador ordinario la concreción de los casos y supuestos en que la jurisprudencia habrá de ser obligatoria.

Camarena señala que, al amparo de las legislación ordinaria, se configuró un sistema de jurisprudencia y un sistema del precedente, el sistema de jurisprudencia regido por la ley de amparo y el sistema derivado de la ley reglamentaria del artículo 105 constitucional y las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad que regula. Ese autor

¹⁸⁰ *Ídem*, pp. 295-296.

¹⁸¹ *Ídem*, pp. 296-304.

¹⁸² PECZENIK, Aleksander, “La fuerza vinculatoria del precedente”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 430.

señala, que el sistema de la jurisprudencia y su creación reiterativa no obedece a ser un precedente por que no basta un solo fallo, sino que requiere ser reiterado; en cambio, las sentencias en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales basta una sola sentencia —votada con los requisitos de 8 ministros— para que adquiera vinculatoriedad¹⁸³. Aunque la distinción es, desde luego, pertinente; para lo que nos interesa la jurisprudencia derivada de la ley de amparo y los precedentes derivados de los otros medios de control constitucional se distinguen sólo en cuanto a la forma en la que se crean y no en cuanto a la forma en la que vinculan a los demás jueces; si ambas, una vez verificados sus requisitos de existencia, obligan a los jueces es lo que da pie a señalar que ambas constituyen un sistema de precedentes. Aquí la que nos interesa es la aplicable al juicio de amparo.

La vigente ley de amparo en los artículos 215 a 217 y 222 a 224 regula las formas de creación de jurisprudencia derivados de los juicios de amparo; la reiteración de un criterio en cinco sentencias distintas; la contradicción de tesis que dirime las discrepancias interpretativas en forma abstracta y la sustitución, que se da a petición de los tribunales inferiores que se da en un proceso que también es abstracto. A través de cualquiera de esos métodos se crea la llamada jurisprudencia y con ella la obligatoriedad de la misma¹⁸⁴.

Con lo anterior se puede decir que, inicialmente, estamos en un sistema de precedentes normados. La ley es la que define la creación de la jurisprudencia y cómo, cuándo y para quiénes es vinculante. La vinculatoriedad de los jueces a las jurisprudencias se da por virtud de las previsiones legislativas que así lo disponen. Además, se pueden apuntar dos factores

¹⁸³ CAMARENA González, Rodrigo, “La creación del precedente en la suprema corte de justicia de la nación”, en BERNAL Pulido, Carlos, *et. al., op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁸⁴ Ley de amparo. **Artículo 217.** La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

más para sostener lo anterior: los abogados en la el foro y los propios jueces invocan — algunos con notorio exceso— y deciden sobre la base de esa jurisprudencia y, la suprema corte de justicia de la nación se guía y sigue sus propios precedentes¹⁸⁵.

La jurisprudencia, que se origina a partir de los procesos de amparo, tiene la fuerza necesaria para atar las decisiones de los demás jueces; los obliga y condiciona su arbitrio para tomar decisiones sobre los casos en que conocen. Esa misma jurisprudencia, como ya hemos detallado, funciona también como reglas autoritarias para ellos como sus destinatarios y les impone un curso de acción determinado. Todo precedente busca, precisamente eso, servir de autoridad para quienes habrán de tener que decidir en forma posterior. En este caso, la jurisprudencia actúa en ese sentido, constriñe al juez a resolver teniendo en consideración lo que ya fue decidido en el pasado. Como podemos notar, la jurisprudencia da cuenta de los efectos prospectivo y retrospectivo de los precedentes; el primero de ellos es que una decisión servirá de guía a casos posteriores y; el segundo, que la decisión presente estará orientada por las previas¹⁸⁶.

Lo que se ha mostrado hasta aquí hace posible decir: que la jurisprudencia derivada de las decisiones de los tribunales de amparo actúa como un sistema de precedentes. No obstante, el hecho de señalar lo anterior no justifica las razones por las cuáles un sistema de precedentes es necesario y deseable.

Unos párrafos atrás se citaba lo que Bankowsky describía, en concreto, que todo sistema codificado muestra la necesidad de recurrir a la interpretación para resolver las ambigüedades, obscuridades e indeterminación del derecho legislado. Habría que agregar que en todo sistema se presentan conflictos, antinomias, inconsistencias o hasta vacíos. Estos fenómenos parecen inevitables, incluso con las previsiones más concretas sigue abierta la puerta de la textura abierta de las reglas que vimos en el capítulo previo. Entonces, si estas condiciones son irremediables la primera justificación de la existencia de los precedentes es dar continuidad y eficacia práctica al derecho.

¹⁸⁵ MARTÍNEZ Verástegui, Alejandra, “El cambio del precedente en la suprema corte de justicia de la nación” en BERNAL Pulido, Carlos, *et. al., op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁸⁶ MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, “Introducción”, *op. cit.*, p. 14.

Además de lo anterior, es posible decir que un sistema de precedentes descansa en los principios y derechos como: la coherencia del sistema jurídico, la igualdad, la estabilidad del sistema jurídico y la predictibilidad de las decisiones judiciales¹⁸⁷. En el caso del sistema constitucional mexicano, la coherencia, la estabilidad y la unidad del sistema jurídico se pueden desprender del derecho a la seguridad jurídica. Además, se puede destacar que los precedentes buscan generar decisiones en igualdad en la aplicación de la ley, es decir, que el precedente sirva de homogeneizador de las decisiones que impactarán a un sinnúmero de personas¹⁸⁸. Se puede agregar, también, que los precedentes sirven como catalizador de la imparcialidad judicial al condicionar a los jueces posteriores a seguir el precedente¹⁸⁹.

El que el derecho tenga cierta predictibilidad es de gran importancia por la eficiencia que lleva implícita. Inicialmente hay que partir de que un sistema de precedentes genera una comprensión de constancia y de previsibilidad del derecho; esto sirve de base para la toma de decisiones de quienes deciden a juicio o de quienes planean sus actividades y acciones bajo la previsión de lo ya decidido por los jueces. El sistema de precedentes genera expectativas genuinas sobre decisiones futuras: predictibilidad¹⁹⁰. Partiendo de esa previsibilidad, la eficiencia se produce en una vertiente de economía del esfuerzo judicial: no es necesario decidir el mismo punto con frecuencia; eficiencia para los destinatarios de la función judicial quienes pueden llegar a lograr acuerdos fuera de un proceso cuando consideran que el derecho está claramente definido y sin posibilidad de ser modificado y, finalmente, evitar litigios sin razón al pretender desconocer el precedente que, al final, será confirmado por los tribunales¹⁹¹.

¹⁸⁷ BERNAL Pulido, Carlos, “La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. Dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente” en BERNAL Pulido, Carlos, *et. al., op. cit.*, pp. 107.

¹⁸⁸ BANKOWSKY, Zenón, *et.al, al., op. cit.*, pp. 451-455. y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.* pp. 387-390.

¹⁸⁹ Esta última noción la agrega SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.* pp. 390-391.

¹⁹⁰ ALEXANDER, Larry y Emily Sherwin, *Demystifying legal reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 35. Por el contrario, Thomas opina que aun con el empleo del precedente se puede estar, en muchas ocasiones, ante situaciones de incertidumbre. Thomas da como ejemplo que un juez puede, con cierta facilidad, no guiarse por un precedente a partir de la caracterización de los hechos y buscar notas que permitan hacer una distinción. THOMAS, E. W. *op. cit.*, p. 131-133.

¹⁹¹ BANKOWSKY, Zenón, *et.al, al., op. cit.*, p. 455.

La previsibilidad que se busca a través de los precedentes, también, funciona como ya vimos como mecanismo que vuelve más eficiente la decisión judicial. Esa eficiencia se da por que el precedente en forma previa ya había excluido las demás razones contrarias a la que se tomó. Peczenik lo explica de la siguiente forma:

«[los] precedentes comparten una propiedad importante de todas las razones jurídicas, a saber, que ellos ayudan a excluir algunas razones del universo de la determinación jurídica.

(...)

Los precedentes pueden ser considerados como razones *prima facie* para excluir muchas otras razones de la argumentación jurídica.

(...)

Ahora el punto es que el juez que aplica el precedente asigna relativamente más relevancia a las razones pesadas y balanceadas en el contexto de establecer la regla basada en el precedente, que otras razones jurídicas (...) Acatar los precedentes involucra pesar y balancear también, pero es más sencillo que lo que sería ponderar todas las razones morales»¹⁹².

En razón de lo anterior es que el seguir los precedentes se basa en la noción del *stare decisis*, que atrinchera de cierta manera la previsibilidad y eficiencia del derecho que busca concretar ese sistema; en concreto: vincula al juez a seguir lo previamente decidido en casos anteriores y, sólo si hay razones suficientes para no hacerlo se le permite no guiar sus decisiones por los mismos¹⁹³. Cross y Harris apuntan a que la concepción más ortodoxa del *stare decisis* implica: estarse a las *ratio decidendi* de los casos anteriores¹⁹⁴. Un sistema de precedentes implica, necesariamente, esa sujeción de los jueces posteriores a las decisiones anteriores; salvo que haya razones suficientes para no hacerlo.

¹⁹² PECZENIK, Aleksander, “La fuerza vinculatoria del precedente”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 436-438.

¹⁹³ BRENNER Saul y Harold, J. Spaeth, *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la corte suprema de los estados unidos, 1946-1992*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 17.

¹⁹⁴ CROSS, Rupert y J.W. Harris, *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 127.

Las ventajas anteriores, para quien escribe, serían suficientes para justificar un sistema de precedentes y la vinculatoriedad de los jueces a los mismos; sin embargo, vale la pena agregar que además los precedentes ofrecen otras funciones destacables para todo ordenamiento, algunas de ellas son concomitantes o consecuencias de lo que ya hemos mostrado y algunas otras son novedosas. Kozel sostiene que los precedentes tienen ciertas funciones: la primera de ellas es la de control, los tribunales superiores ejercen el mismo sobre los inferiores a través de la obligación de estos últimos de seguir el precedente; otra la encontramos en la persuasión, que va dirigida hacia otros tribunales o al mismo tribunal que decidirá otras cuestiones en un futuro; a través del precedente también se fija una posición acerca de los principios que están contenidos en el ordenamiento para servir de base a posteriores construcciones y análisis; tienen la función de servir de freno a una posterior suerte de maniobras interpretativas sobre el derecho y moderar un activismo inusitado a posterioridad y, finalmente, el precedente tiene una función de restricción, para que en decisiones posteriores se tengan que ofrecer razones de peso y significativas para su abandono.

La jurisprudencia ofrece ese rasgo de eficiencia en la toma de decisiones por parte de los juzgadores; si tomamos una muestra de sentencias dictadas por distintos jueces, en distintas materias daremos cuenta que en todas, o casi en todas, las sentencias esos juzgadores emplean, refieren, citan y deciden sobre la base de los precedentes que constituyen las jurisprudencias. Si hacemos un ejercicio similar, podremos notar que en las labores de los abogados en el foro de los tribunales; éstos emplean con frecuencia la jurisprudencia como guía de sus estrategias, alegaciones y como marco de referencia para buscar la persuasión del juez. En suma, la jurisprudencia actúa como ese sistema de precedentes normativamente vinculante y que, además, en el plano fáctico es reconocida como tal.

VI.2 LA JURISPRUDENCIA DESATADA

Hasta este punto se ha puesto especial énfasis en caracterizar a la jurisprudencia producto de los procesos de amparo como un sistema de precedentes, se advirtieron las ventajas que ello ofrece y sostenemos que existen buenas y valiosas razones para mantener esa práctica. Mostramos previamente que cierta clase de jurisprudencia se volvía nociva por la abstracción

que generaba acerca de los actos que podían ser objeto de la suspensión; que esa taxonomía alejaba a la suspensión de su finalidad cautelar. Teniendo ambas cuestiones en mente, se observarán algunos de los problemas que el sistema de precedentes al amparo de las jurisprudencias crea y cómo impactan estos sobre la decisión acerca de la suspensión.

Partamos de una observación inicial y el problema que le subyace con respecto a la jurisprudencia como precedente. Para que podamos hablar de un precedente con efectos vinculantes es necesario que éste se conozca por quienes estarán sujetos a él. Taruffo afirma: «una sentencia puede volverse un precedente únicamente cuando es conocida no sólo por las partes de un caso individual, sino también por otras cortes, los abogados y virtualmente por el público en general»¹⁹⁵. La forma en la que las sentencias y la jurisprudencias, en este caso, son publicadas es de capital importancia para el funcionamiento del sistema de precedentes. Por muy valioso que sea un precedente no tendrá repercusión si no se hace conocido, para un precedente la fama importa.

En el caso de la jurisprudencia el problema de su publicación se da en función a cómo ésta se da a conocer. Sánchez Gil advierte que inicialmente en el semanario judicial de la federación se publicaban los textos íntegros de las sentencias y que, paulatinamente, el volumen de asuntos que resolvían los tribunales de amparo creció tanto que la publicación completa de las sentencias fue imposible y comenzaron a publicarse, en exclusiva, sólo las llamadas tesis de jurisprudencia —en los casos de ésta sólo se publica una de las sentencias en las que se basa la misma— o tesis aisladas; es decir, lo que se da a conocer son sólo esas construcciones abstractas que son esas tesis y no las sentencias mismas¹⁹⁶. Así, la práctica se concentraba en la referencia a esas tesis y no a las sentencias.

Sobre esa cuestión, en forma reciente se ha dado un cambio en el sistema de conformación de esas tesis, ahora se incluye no sólo la abstracción que antes pretendía ser la *ratio decidendi*, sino que, ahora se ha buscado darle un contenido fáctico a esa tesis con la publicación de los

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele, “Factores institucionales que influyen en los precedentes”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 419.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ Gil, Rubén, *op. cit.* pp. 404 a 407.

hechos de referencia de la misma, es decir, buscan acrecentar la noción comprensiva de las mismas para que se pueda ubicar con mayor facilidad esa *ratio*¹⁹⁷.

Sin embargo, aún queda pendiente una cuestión de importancia: la publicación de esas tesis sólo tiene efectos meramente informativos y que éstas, a pesar de una creencia generalizada, no obligan por sí mismas; esto es, el contenido de esas tesis sólo da cuenta de lo que debería ser la *ratio decidendi* aunque materialmente no lo sea y se deba de buscar la misma en la sentencia de la que derivó. El precedente, en todos los casos, son esas sentencias de las que se derivan esas tesis y, con frecuencia esas sentencias no tienen la publicidad y difusión necesarias que dificultan su conocimiento, uso y comprensión¹⁹⁸. Si bien es cierto que todas las sentencias son públicas, el acceso a las mismas y su conocimiento exigen a los jueces esfuerzos adicionales a la ya cargada agenda de trabajo; por ello, si bien las tesis tienen una utilidad indiscutible como difusores de los precedentes de los que se desprenden, en la realidad, se siguen empleando como si ellas fueran las que tienen ese efecto vinculante y se sigue mirando poco a las sentencias. Los precedentes están en las sentencias, a ellas hay que mirar con mayor detalle para construir una verdadera práctica sobre los aquellos.

Otro de los problemas de la actualidad, en relación con la publicidad de los precedentes, es que estos tardan en hacerse del conocimiento. Sabemos que nuestros tribunales deciden una gran cantidad de asuntos año tras año, por citar un ejemplo, la suprema corte de justicia de la nación resolvió en el año 2019 un total de 7,025 asuntos sólo en ese año¹⁹⁹. Esto supone a que muchos de los asuntos que se resuelven se demoran en ver la luz a través de la publicación de las sentencias respectivas y algunas veces las tesis que de estos derivan. Por poner un ejemplo: el pleno de la corte resolvió la contradicción de tesis 146/2019, que se había suscitado entre criterios discrepantes de sus propias salas, en la sesión del día 7 de mayo de 2020 y, a la fecha en que se escribe este trabajo, noviembre de 2020, ni la sentencia de esa contradicción, ni la tesis que ordenó publicarse se han dado a conocer, seis meses han pasado y seguimos a la espera. Basta decir, que en el caso que nos ocupa esa contradicción de tesis

¹⁹⁷ Véase nota 143, *infra*.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ Gil, Rubén, *op. cit.* pp. 407-417.

¹⁹⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Informe anual de labores 2019*, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/primerinformezaldivar/pdf/informe-labores-2019.pdf>

es de capital importancia para la comprensión cautelar sobre la suspensión. Obviamente ese desfase entre la decisión de un caso y su publicación produce que, por largos periodos, el precedente no exista materialmente y menos su fuerza vinculante, con la evidente posibilidad de que muchos casos se decidan en forma contraria al mismo.

Un problema con una importancia bastante significativa, acaso el más importante de estos problemas, está en que la práctica de difusión acerca de las tesis de jurisprudencia y aisladas pretenden que éstas sean leídas como la *ratio decidendi*. Sin embargo, incluso en los sistemas en que el precedente es una práctica más añeja el ubicar esa *ratio* es tarea complicada. Para advertir con más detalle ese problema veamos un poco que se entiende por *ratio decidendi* a partir de las ideas de Rupert Cross y Harris y por otro lado de MacCormick:

«La *ratio decidendi* en un caso es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez...»²⁰⁰.

«Una resolución dada expresa o implícitamente por un juez, que es suficiente para decidir un punto de derecho controvertido por los argumentos de las partes de un caso, siendo este punto sobre el cual se necesitaba una resolución para la justificación del juez (o una de sus justificaciones alternativas) de la decisión tomada en el caso»²⁰¹.

Por otra parte, Thomas agrega que el proceso de ubicar o concretar la *ratio decidendi* es complejo, sobre todo cuando no se expresa en forma canónica como regla y muchas veces hay que observar si ésta no está implícita. El mismo autor agrega que la *ratio* que diseñan los abogados y los jueces es meramente provisional y sólo será definida cuando sea así por la propia corte. Thomas expresa al respecto que: «La *ratio decidendi* es lo que la corte revisora sostiene que es la *ratio decidendi*»²⁰².

²⁰⁰ CROSS, Rupert y J.W. Harris, *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 96.

²⁰¹ MACCORMICK citado por MARSHALL, Geoffrey, “Lo vinculante del precedente” en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 475.

²⁰² «the *ratio decidendi* is what the reviewing court holds the *ratio decidendi* do», la traducción es propia. THOMAS, E. W. *op. cit.*, p. 131.

Como se puede notar la *ratio decidendi* no es algo que se encuentre fácil, no hay un mapa que nos guíe en forma rápida y sin complicaciones hacia ella; más si consideramos que ésta puede estar implícita. Con ello, el punto que interesa es mostrar que la práctica del empleo, casi exclusivo de las tesis de jurisprudencia, como si en ellas encontráramos esa *ratio* sin complicaciones es un absurdo, pues no se leen las sentencias de las que se extrae y su contexto. Ubicar una *ratio decidendi* es un ejercicio de análisis de un fallo, de las circunstancias fácticas en que se apoyó, los argumentos de las partes en ese caso y la regla que concretó el juez para resolver el mismo. Aun concediendo que la nueva forma de redacción de las tesis comprende un sustento fáctico, éste no puede ser suficiente para afirmar que estamos leyendo la *ratio decidendi* de ese caso, ni mucho menos que podemos extraer con certeza la regla pues, de nueva cuenta, esa tesis sigue siendo una construcción abstracta y meramente informativa de aquel caso. Si la práctica se mantiene en el empleo de esas tesis alejándose de la lectura y análisis de las sentencias se mantendrá una visión parcial de lo que son las *ratio decidendi* que pueden estar en la sentencia. Es importante reiterar: los precedentes están en las sentencias y no en las tesis.

A lo anterior hay que agregar algo, las tesis de jurisprudencia o aisladas, algunas veces, se basan, construyen o clarifican su razonamiento sobre la base de otras varias tesis de la misma naturaleza. Ya vimos que los tribunales siguen esas tesis como precedentes. Con ello surge otra cuestión: si no se lee la sentencia y se centra en las tesis la fijación de la *ratio decidendi* será frecuente que nos topemos con una *ratio* fracturada e incompleta. Solamente podemos comprender esa *ratio* analizando la sentencia y las otras varias *ratio decidendi* que empleó esa sentencia. Si nos ocupamos en exclusiva de una de las tesis, es posible que observemos sólo el árbol y que éste nos impida mirar el bosque.

Recordemos ahora algo en lo que ya habíamos reparado, la distinción de Twining y Miers acerca de los precedentes: la doctrina sobre los precedentes y otra con la práctica en el manejo de los precedentes. En el caso de nuestro país la doctrina se descuelga desde el texto de la propia constitución y su posterior reglamentación en la legislación ordinaria; en suma, estos nos prescribe en qué casos se crea la jurisprudencia y a quién obliga la misma, de ello

podemos desprender el marco de referencia a los que los jueces posteriores deben de referirse al buscar precedentes. Podemos decir que tenemos una doctrina acerca del precedente aunque sea muy somera. Sin embargo, poco podemos decir acerca de tener una práctica sobre los precedentes; es decir, las técnicas para el manejo de la jurisprudencia en el día a día están ausentes.

La práctica sobre los precedentes es lo que lleva a una verdadera utilidad del sistema de precedentes; generar técnicas para el manejo de los mismos es indispensable para concretarlos en los distintos casos o, incluso, para poder no aplicarlos en los casos que sea necesario²⁰³. Esta clase de reglas sobre el uso de los precedentes está prácticamente ausente de nuestra práctica²⁰⁴. Formalmente no tenemos una práctica que describa el *distinguishing*, es decir, cuando un juzgador decide no aplicar un precedente, pues el sustento fáctico contiene variaciones que hace imposible seguir el precedente; en esos casos, el juez tiene una libertad inusitada en un sistema de precedentes para distinguir su caso del precedente que debiera seguir. O los casos en que el precedente puede abandonarse, *overruling*, del que tampoco hemos generado una técnica que le de noción en la práctica: cuándo, cómo y qué argumentos habría que invocar para derogar un precedente y sustituirlo por otro; si acaso, lo más cercano que tenemos en ese caso sean las contradicciones de tesis, con el evidente defecto que en aquellas la sentencia se da en abstracto.

Pensemos en la técnica del *overruling* en nuestro contexto, con frecuencia vemos que al tomar decisiones la corte tácitamente abandona o deja de aplicar jurisprudencia y toma un nuevo curso de decisión; algunas veces sin que haga expresas las razones para alejarse de ese precedente. Si hay que derogar un precedente, por fuerza de buscar la estabilidad del ordenamiento que ya vimos, es necesario que se ofrezcan buenas razones para ello. Un ejemplo lo podemos ver en la sentencia del amparo directo en revisión 6490/2015 resuelto por la segunda sala de la corte; en ese fallo, sin mayor carga argumentativa para sostener el

²⁰³ PECZENIK, Aleksander, “La fuerza vinculatoria del precedente”, en MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *op. cit.*, p. 438.

²⁰⁴ En lo general puede verse lo dicho SÁNCHEZ Gil, Rubén, *op. cit.* en el sentido de que la corte ha ido construyendo algunas reglas acerca de sus precedentes: como la práctica de seguir sus precedentes, el *distinguishing* y la noción de los precedentes persuasivos. Pero en lo global son sólo algunos matices aislados que no generaron un cuerpo de reglas sobre el uso del precedente a través de la jurisprudencia.

abandono de una de sus jurisprudencias le bastó decir: «en una nueva reflexión, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandona el criterio contenido en la jurisprudencia indicada, así como todas aquellas en donde se hubiere sostenido un criterio similar»; es decir, no sólo abandonó su propia jurisprudencia, no asumió la carga de evidenciar porque ese precedente ya no debía de mantenerse y, además, abandonó cualquier otro similar. El remate final de esa sentencia fue que a la fecha se mantiene como una tesis aislada que no tiene, por sí, fuerza vinculante.

Lo anterior, obedece en parte a que no existe una noción comprometida del autoprecedente o de lo que constituye la eficacia horizontal del mismo²⁰⁵. No hay una vinculación estricta ni normativa ni de facto al efecto horizontal del precedente y a la coherencia que éste debe servir; si bien con frecuencia la corte alude a sus propios precedentes y muchas veces los sigue; siempre tiene la puerta abierta para dejarlos de lado con algunas pocas palabras.

Tenemos también los casos problemáticos en que, por ejemplo, una sala de la corte resuelve en contra de la decisión de un colegiado que se había pronunciado sobre la base de su propia jurisprudencia; el tribunal jerárquicamente superior fijó un nuevo criterio pero no invalida o deroga la jurisprudencia del inferior. Estamos, en ese escenario, en casos en que una jurisprudencia permanece vigente y vinculante a pesar de que el tribunal superior ha sostenido un proceder distinto y contrario. Habrá casos que se puedan seguir decidiendo sobre la base de la jurisprudencia que mantiene su obligatoriedad aun cuando sepamos que ese precedente tendría que estar abandonado en forma expresa y no sólo implícita.

Lo descrito con anterioridad merma la concreción de un sistema de precedentes con una práctica robusta acerca de los mismos. A la par, reduce el sistema de precedentes a un empleo mecánico de las tesis de jurisprudencia que sí tienen fuerza vinculante e impide a los jueces y abogados contar con técnicas adecuadas y previamente definidas para poder distinguir los casos, abandonarlos o aplicar la función de control que buscan tener los precedentes. Tenemos ya las piezas de la maquinaria; pero aún no acabamos de ensamblarla.

²⁰⁵ GONZÁLEZ Carvallo, “El autoprecedente en la jurisprudencia de los tribunales de cierre: el caso de la suprema corte de justicia de la nación”, en BERNAL Pulido, Carlos, *et. al., op. cit.*

VI.3 EL PRECEDENTE Y LA SUSPENSIÓN

Para cerrar este capítulo se tomarán las observaciones ya hechas en los apartados anteriores y se dará cuenta de cómo éstas afectan a las decisiones sobre la suspensión cuando las mismas pueden o deben emplear ese sistema de precedentes.

La jurisprudencia acerca de la suspensión tiene una vertiente, bastante amplia, de ejemplos casuísticos sobre cuándo puede concederse y cuándo negarse en casos concretos. Abundan criterios que señalan que en ciertos casos se efectuó un análisis de la posible afectación al orden público y al interés social y se concluye que, en cierto caso, la suspensión debe negarse, pues esos conceptos se verían afectados. Tomando ese precedente con las bases actuales se convierte en una decisión de todo o nada; si el caso es igual o acaso análogo el resultado está dado con independencia de lo que pueda cambiar en los hechos o los matices que pudieran hacer que esa afectación al orden público e interés social no se concrete en la forma en la que se analizó en aquel precedente. Desde luego, esto muestra que la ausencia de una práctica que genere reglas sobre el *distinguishing* sea indispensable y a las consecuencias de su ausencia.

Pensemos en que un colegiado generó reiteración de criterios y publicó una jurisprudencia que señala; que si se pide la suspensión sobre la aplicación del artículo 1 ley A, hay afectación al orden público y al interés social y la suspensión debe negarse. En una forma muy reducida podríamos decir que esa sería la *ratio decidendi* y que si un juez conoce de un caso así a ésta debe seguir. Sin una técnica definida previamente sobre el *distinguishing* para el juez será imposible advertir, por ejemplo, si el artículo 1 ley A puede generar una discriminación indirecta o si puede que sea una norma infra inclusiva o sobre inclusiva que haga que el precedente pueda no ser aplicado²⁰⁶.

²⁰⁶ Sobre la discriminación indirecta y las normas sobre inclusivas, Véase: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Cuaderno de jurisprudencia no. 7. Igualdad y no discriminación*, Ciudad de México, SCJN, 2020, pp. 115-116 y SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego, op. cit.*, pp. 89-92.

Ahora, pensemos en el caso que ya tocamos con anterioridad la contradicción de tesis 146/2019 del pleno de la corte que hace seis meses fue resuelta y se sigue esperando la sentencia y la publicación de la jurisprudencia de la que derivó. En ese caso, la corte falló en el sentido de que cuando un quejoso alega tener interés jurídico, ya no es un requisito el acreditar la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con la ejecución del acto reclamado para poder conceder la suspensión. Para miles de casos esa resolución puede cambiar el resultado de lo que se decidirá sobre su petición de suspensión, puede que se le niegue por no acreditar esos daños. La tardanza en la publicación de los precedentes no es una cuestión baladí para quienes acuden ante el juez de distrito en busca de un cobijo provisional de su derecho constitucional que se ve o será afectado.

Pensemos en un caso más: en éste un tribunal colegiado reiteró y creó jurisprudencia en la que decía que ante un acto administrativo B, no se observaba que se afectara el orden público o el interés social y que, además, se debía conceder la suspensión con efectos restitutorios provisionales sobre el derecho constitucional afectado. La autoridad administrativa decide emitir y ejecutar el acto administrativo B en la esfera de un ciudadano; este, a su vez, confiando en la previsibilidad que le genera ese precedente acude al juicio de amparo pide la suspensión y el juez se la niega aduciendo que de concederla afectaría al orden público y el interés social; en la misma confianza mantiene su estrategia y recurre ante el tribunal colegiado que previamente emitió el precedente en que confía. Sin embargo, en un giro brusco ese tribunal decide abandonar su jurisprudencia, deroga su precedente, sin ofrecer ninguna razón para ese cambio. Toda la idea de previsibilidad se va al traste en ese caso cuando, sin que medien razones de peso, un tribunal puede mirar hacia otro lado y desconocer el efecto de horizontal que el autprecedente le debe limitar. La noción misma de *stare decisis* apunta en sentido contrario; si el precedente se puede abandonar con facilidad o, por decirlo: a capricho, la función misma de un sistema de precedentes, los principios y derechos que asegura se vuelven fantasmas que se pasean por los tribunales.

Los anteriores son sólo algunos botones de muestra de los problemas que se desencadenan por no contar con las reglas necesarias para dotar de eficacia práctica a los precedentes. Las decisiones sobre la suspensión se ven impactadas por esos problemas y por esas deficiencias,

sobre todo porque muchas de esas decisiones acerca de la suspensión, se fallan sobre la base de los precedentes de la jurisprudencia y, en muchos casos, los errores que se puedan dar tienen consecuencias que harán que a la postre la afectación de alguno de esos derechos sea irremediable.

Como se observó, la situación sobre la jurisprudencia en el contexto del sistema de precedentes es muy valiosa; es más, un sistema de precedentes bien estructurado es más que deseable para sortear todas las ambigüedades, obscuridades e indeterminación del derecho legislado; así como sus conflictos, antinomias, inconsistencias o hasta vacíos. Además de asegurar la coherencia del sistema jurídico, la igualdad, la estabilidad del sistema jurídico y la predictibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, no podemos tener un sistema de precedentes a medias en que sólo se discuta la fuerza vinculante de la jurisprudencia como precedente; pero, a la par se descuide y olvide generar el sistema de reglas prácticas que nos permita sortear los problemas cotidianos que esos mismos precedentes buscan evitar. El objetivo es que el sistema de precedentes sea completado y no se queden sólo los andamios de esa edificación.

CAPÍTULO VII. LA SUSPENSIÓN VIVA

*Not even they can stop me now
Boy, I be flying overhead
Their heavy words can't bring me down
Boy, I've been raised from the dead*
Lana del Rey-Justin Parker, Radio

Los capítulos anteriores han permitido advertir algunas cuestiones problemáticas acerca de la suspensión y el impacto que tienen sobre las decisiones de los jueces. Esos problemas, en algunos casos, son el producto de un entendimiento limitado sobre la función y objetivos de la tutela cautelar; otros son producto de las construcciones precautelares que concretó la jurisprudencia; algunos se generan por el efecto que tienen los heurísticos en la toma de decisiones de los jueces y, otros más, se elevan como consecuencia de un sistema de precedentes incompleto.

En los capítulos II y III se exploró la idea acerca de que la suspensión es la tutela cautelar diseñada como el instrumento del juicio de amparo; que esa suspensión se constitucionalizó y de ese proceso derivó el derecho a la tutela cautelar en materia de amparo. Como tutela cautelar busca la protección, con las limitaciones temporales de la misma, de los derechos constitucionales que el amparo busca proteger; esto es, es una tutela cautelar enfocada a la protección de esos derechos.

A la par, esos capítulos permitieron advertir que el proceso de amparo, como cualquier proceso, exige la inversión de tiempo. La protección del juicio de amparo no es, ni cerca, inmediata a penas sea pedida. Por ello, para paliar los efectos del tiempo sobre los derechos la tutela cautelar que brinda la suspensión debe protegerlos en ese lapso; si bien la suspensión no ampara sí tiene que proteger, por lo menos temporalmente a esos derechos que el proceso de amparo busca tutelar.

Hay que mencionar, además, que se tuvo oportunidad de apreciar que, el mejor entendimiento, de la tutela cautelar que busca la suspensión es a través de las ideas sobre las

tutelas diferenciadas. La suspensión debe de mirar a los derechos que busca proteger y responder de modo diverso atendiendo a las necesidades que presenten cada uno de ellos. La suspensión exige que se de una tutela cautelar, no cualquiera, sino aquella que sea idónea para la protección del derecho.

Por otra parte, en el capítulo IV se mostró que las decisiones acerca de la suspensión, como la mayoría de las decisiones de los seres humanos, se ven influidas por los heurísticos. El juez se ve inclinado a mirar, con exceso y producto de esos heurísticos y sesgos que ocasionan, a la jurisprudencia para tomar una decisión acerca de la suspensión. Ello abre de lleno la puerta a mirar cómo la jurisprudencia influye en las decisiones sobre la suspensión y qué problemas se presenta con ello.

El capítulo V se ocupó de analizar una de las variantes de la jurisprudencia que creó la llamada: “teoría de los actos reclamados”; que, someramente, era la categorización previa del universo de los actos que podían ser reclamados en el juicio de amparo y, según se encuadraban en esa clasificación, decidir sobre las reglas previamente creadas para cada una de ellas. Esto condujo a observar cómo esa jurisprudencia y su clasificación llevaba consigo a la decisión basada en reglas, que no admitían la modulación casuística que busca la tutela cautelar como tutela diferenciada. Esa clase de jurisprudencia generaba el efecto de que el juez se alejaba del caso, del derecho que se decía afectado y se concentraba en buscar la categoría en la que el acto se enmarcaba. Todo ello, dejaba fuera de análisis cada caso en particular y traducía a la suspensión en un sistema de reglas rígidos y, con ello, alejaba a la misma de la discrecionalidad necesaria que tiene que tener. Lo que apuntamos en ese capítulo fue apreciar cómo la fuerza vinculante de la jurisprudencia producía decisiones rígidas y alejadas del caso particular.

Finalicemos este sumario recuento con lo que se dijo en el capítulo VI sobre la jurisprudencia como sistema de precedentes. Por principio, pudimos explorar qué es en términos generales un sistema de precedentes, las razones por las que la mayoría de los países cuentan con uno: ya sea normado o que la práctica lo haya adoptado. Los beneficios que tiene un sistema de precedentes fue algo más de lo que analizamos y que son latentes. Partiendo de ello, pudimos

caracterizar a la jurisprudencia en el juicio de amparo como un sistema normado de precedentes; un sistema que, sin embargo, presenta ausencias significativas para su funcionamiento. Si bien la jurisprudencia vincula y obliga a seguir el *stare decisis*; no se han generado las técnicas necesarias que permitan operar a cabalidad un sistema de precedentes que analice las particularidades del caso en concreto; además. En suma, regresamos a la idea de que nuestro sistema de precedentes, en la ausencia de reglas para su práctica, aparece rígido y muchas veces intransigente.

Los párrafos anteriores han permitido recordar, en esencia, lo que se ha estado planteando acerca de la suspensión: las necesidades que ésta tutela tiene en función de los derechos que busca proteger; los actuales conflictos que ocasiona el sistema de precedentes basados en la jurisprudencia y la vigencia de los análisis de la suspensión a partir de una añeja jurisprudencia a la que se ha denominado como precautelar.

Ahora es tiempo de traer de los capítulos anteriores algo más: la idea general de éste trabajo es dar cuenta de una interpretación de la suspensión en el juicio de amparo que permita darle viabilidad a la misma como una tutela cautelar diferenciada. Esto es, defender un método de interpretación —del primer párrafo de la fracción X del artículo 107 constitucional— que genere los efectos deseados para la suspensión y, a la vez, prescinda de los defectos que hemos descrito. Esa, pues, será la labor de la que nos ocuparemos en seguida.

VII.1 ¿UN MÉTODO?

Decía Rùthers que las cuestiones de metodología son cuestiones constitucionales; cuando lo que se debate es qué método de interpretación debe seguirse²⁰⁷. Nos parece que esa afirmación es acertada; elegir el método que se habrá de seguir para interpretar una constitución condiciona el producto de la misma. La metodología es así una cuestión constitucional en cuanto a que el resultado de la interpretación depende del método que se emplee y, condicionará los alcances o limitaciones de la constitución misma.

²⁰⁷ RÜTHERS, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre constitución y método*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 100-101. Habría que agregar que Rùthers señala que el juez no es libre de elegir el método, en los párrafos siguientes veremos que en realidad necesita poder hacerlo.

Por principio hay que partir de algo que, al respecto, aclaraba Sunstein: es muy poco probable que podamos encontrar una buena teoría general de la interpretación. En el derecho, muchos métodos cuentan como posibles candidatos para la interpretación y se tiene que elegir entre ellos²⁰⁸. Ese mismo autor sostiene que, aunque muchas personas claman que la constitución debe de ser interpretada en la forma en la que ellos creen correcta y, que se requieren jueces que actúen conforme a ese método, esas personas están en un error: no hay ningún método de interpretación vinculante; cada uno se tiene que defender sobre la base de las consecuencias que produzca²⁰⁹.

Sunstein sostenía enfáticamente lo siguiente: «los debates sobre la interpretación en el derecho deben resolverse preguntándose qué método de interpretación hará mejor al sistema de derecho, considerando todas las cuestiones»²¹⁰. En el caso de las constituciones la pregunta debe girar no sobre el concepto de interpretación, sino si ese método hace mejor o peor el orden constitucional; dese luego, eso admite discrepar sobre las consecuencias²¹¹.

Las constituciones como cualquier texto requieren inevitablemente de ser interpretada y esa interpretación requiere, a su vez, inevitablemente de discrecionalidad judicial, aunque sea sólo en la elección del método²¹². Sin embargo, es muy improbable que, en el derecho, una teoría general de la interpretación tenga sentido. Cada método de interpretación tiene que ser defendido sobre la base de que produce, considerando todas las cuestiones, el mejor sistema de derecho. Esto produce un camino para elegir el método, pero no un método por sí mismo, ni lo suple²¹³.

²⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R., *Legal reasoning and political conflict*, 2ª ed., New York City, Oxford University Press, 2018, p. 186.

²⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R., *A constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 17.

²¹⁰ «interpretive debates in law must be resolved by asking about what approach to interpretation will make for the best system of law, all things considered». La traducción es propia. SUNSTEIN, Cass R., *Legal reasoning and political conflict*, *op. cit.*, p. 186.

²¹¹ SUNSTEIN, Cass R., *A constitution of many minds*, *op. cit.*, pp. 29 y 32.

²¹² SUNSTEIN, Cass R., *Legal reasoning and political conflict*, *op. cit.*, p. 187.

²¹³ *Ídem*, p. 189.

En ese sentido, ningún método de interpretación está autojustificado, cada uno de ellos exige argumentos para su defensa. Esa justificación tiene que ser independiente del texto que se ha de interpretar. Esos métodos, como parte de su justificación, tienen que responder a las siguientes preguntas: ¿por qué ese método debería ser aceptado? y ¿en qué es superior al resto de las posibilidades?²¹⁴

La elección de ese método es una cuestión compleja, la justificación del mismo debe de tener la fuerza suficiente para responder a las preguntas anteriores y ofrecer buenas razones para ello. Por ejemplo, la corte suprema de los estados unidos de américa después de más de doscientos años de funcionamiento no ha efectuado una decisión final sobre el método²¹⁵; lo mismo podemos decir de la corte de nuestro país, esto pone en evidencia que no hay una solución sencilla de esa cuestión y que las discrepancias acerca del método abundan.

Para que la justificación del método sea adecuada, acota Sunstein, la defensa del método requiere efectuarse en términos de reconocidos valores, esa autor cita algunos: el desarrollo del bienestar humano, la promoción de la democracia y el autogobierno, preservar la libertad o la limitación de la discrecionalidad judicial; no es que sean los únicos sobre los que se puede justificarse la defensa, es sólo un botón de muestra que da el propio Sunstein. Los debates acerca del método de interpretación deben depender de cuál de ellos es el que genera un mejor sistema de derecho al amparo de esos valores²¹⁶.

Ahora bien, Sunstein recuerda que las normas constitucionales funcionan en forma dual: como reglas y —en la noción de ese autor— como estándares²¹⁷. Las reglas son fáciles de observar prescriben algo determinado, por ejemplo, en el caso de nuestro país: que la cámara

²¹⁴ *Ídem*, pp. 187-189.

²¹⁵ *Ídem*, p. 189.

²¹⁶ *Ídem*, p. 191 y 204.

²¹⁷ La distinción de Sunstein no es la más socorrida en nuestro país y, en general, en el mundo de habla hispana. Es más usual la idea de la distinción entre reglas y principios; sin embargo, por las razones que más adelante podremos notar nos mantendremos en la distinción de reglas y estándares trazada por Sunstein. Sobre la distinción entre principios y reglas véase: DWROKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, en especial páginas 61 a 145; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2012, en especial las páginas 63-116; ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2004, en especial las páginas 23 a 50 y ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011, en especial las páginas 29 a 110.

de diputados se elige cada tres años; la edad de 25 años para poder ser senador o que la suprema corte se integra por 11 ministros; no hay nada que discutir sobre esas reglas y generalmente —en México siempre habrá un valiente que quiera interpretarlas— no admiten interpretación alguna. Los estándares, en lo general, están basados en los *incompletely theorized agreements* descritos por Sunstein como abstracciones en las que estamos de acuerdo; aunque discrepemos profundamente en las cuestiones específicas, por ejemplo: concordamos en que una constitución debe proteger y garantizar la libertad como una abstracción y podemos discrepar en muchas de las cuestiones específicas de las mismas: la libertad corporal para decidir sobre la eutanasia, por citar una muestra²¹⁸.

Para posteriormente ofrecer un método de interpretación para la suspensión, se necesita tratar primero algunas de las críticas de Sunstein a los juicios basados en reglas como limitantes y, a su vez, la defensa que hace de la casuística y de una manera distinta de hacer juicios basada en factores. No es una crítica a la distinción entre las reglas y los estándares, las críticas y la defensa de un método distinto se refieren a la forma en la que se construyen y emiten los juicios. Veamos primero las críticas hacia las reglas.

Los argumentos de Sunstein contra las reglas, en una síntesis que hace el propio autor, se centran en dos cuestiones: las reglas no hacen lo que se supone que hacen, hay severos desacuerdos y puntos de quiebre al momento de la aplicación y que las reglas son ciegas a las particularidades de los casos individuales y, por ello, pueden resultar obtusas y rígidas cuando la justicia demanda cierta flexibilidad para cada situación²¹⁹.

El punto de partida es que las reglas, construidas sobre la base del lenguaje, dejan lagunas y ambigüedades; aunque los términos a los que se refieran sean claros en la abstracción se pueden generar incertidumbres en el momento de la aplicación. Algunas veces las disputas acerca del significado de un término legal se concretan en dos cuestiones: semánticas o sustantivas; la primera de ellas es en aquellos casos en que se necesita recurrir a las prácticas semánticas sobre el uso de las palabras e independientes de los clamores a cuestiones morales

²¹⁸ SUNSTEIN, Cass R., *Legal reasoning and political conflict*, op. cit., p. 190-191.

²¹⁹ *Ídem*, p. 139.

o políticas. En la segunda, la disputa sustantiva, el problema está en la abstracción de los términos y subyace a ésta un amplio debate—moral y político— sobre lo que esa abstracción significa en un caso en concreto. Una abstracción —como lo son los estándares— aplica a una interminable variedad de problemas que las palabras no solucionan por ellas mismas²²⁰.

Por otra parte, los juicios basados en reglas se enfrentan a lo que Sunstein denomina: el problema de la única excepción. Si la aplicación de las reglas conduce a resultados absurdos o injustos hay que hacer una excepción a esa regla que dependerá de cuestiones morales o políticas. Una vez que se necesita admitir una excepción la casuística aparece y se vuelve inevitable. La solución, en estos casos, se da en la combinación de un régimen de reglas limitantes y casuística²²¹.

Siguiendo con lo anterior, los juicios basados en reglas pueden provocar dudas para la interpretación si se está en presencia de casos no previstos y cuando se reúnen dos cuestiones: el intérprete cree que el caso es relativamente distinto de los casos anteriores y cree que la regla no debe de ser aplicada a esos casos no anticipados. Si esas condiciones se cumplen, es posible decir, que la aplicación de esa regla se convertirá en absurda. Aun con lo anterior, es preferible que el juez no mire a las particularidades del caso al aplicar una regla que estar en presencia de ninguna limitante a la aplicación del juez²²².

Sin embargo, un sistema de decisiones basado en reglas se convierte en un sistema que puede ser extremadamente rígido. Sunstein identifica algunos problemas básicos al respecto:

- * Las reglas son típicamente sobre e infra incluyentes si son juzgadas por las razones que las justifican, esto conduce a que sean aplicadas inexactamente a casos en que la justificación no tiene sentido;
- * Las reglas no pueden ir más rápido que las circunstancias, la realidad cambia constantemente y las reglas pueden volverse rápidamente anacrónicas;

²²⁰ *Ídem*, pp. 140-142.

²²¹ *Ídem*, pp. 143-145.

²²² *Ídem*, pp. 146-147.

- * La generalidad de las reglas coloca un velo sobre los casos, impiden ver las diferencias que conducen a que una regla no pueda ser aplicada a casos diferentes;
- * Las reglas llevan la discrecionalidad a la clandestinidad, si las reglas producen injusticias o arbitrariedades en casos muy particulares es fácil ignorarlas;
- * Las reglas permiten la evasión de los malhechores, como éstas tienen bordes claros las personas pueden evadirlas a través de conductas que no están técnicamente comprendidas, provocando con ello, el mismo daño que está prohibido por la regla;
- * Las reglas pueden ser deshumanizantes y procedimentalmente injustas, algunas veces es necesario buscar una confección de las mismas con un componente que destaque la individualidad;
- * Las reglas y las decisiones que las siguen pueden reducir el sentido de la responsabilidad en quienes las aplican, los vuelve insensibles a las injusticias y
- * Un buen juicio supera buenas reglas, en muchos casos un juez ideal es quien es receptivo de las particularidades del caso y no se deja capturar fácilmente por la solución de la regla²²³.

Finalmente, las decisiones de los jueces que se centran en el seguir reglas pueden conducir a resultados indeseados, injustos o hasta absurdos. Un sistema puede funcionar mejor si se centra, para la decisión del juez, en las circunstancias concretas de cada caso²²⁴. Ese sistema es el que Sustain identifica como basado en factores.

En muchas áreas del derecho las instituciones permiten que se opere en forma muy particular, las personas pueden estar conformes en el resultado aunque les sea difícil, o muy complicado, explicar las razones que los llevaron a esa decisión. Muchas de esas decisiones particularizadas aplican a un solo caso y nada más. Ese método que centra sus esfuerzos en los casos particulares puede basarse en abstracciones difíciles de aplicar a los resultados que

²²³ *Ídem*, pp. 148-154.

²²⁴ «*The largest lesson is no less important for its roots in antiquity: if human frailties and institutional needs are put to one side, particularized judgements, based on the relevant features of the single case, represent the highest form of justice*». *Ídem*, p. 154.

busca justificar. En el caso de los jueces, es posible que éstos tengan razones justificatorias para su decisión pero fallen en comunicarlas²²⁵.

Una de las cualidades más importantes de un sistema legal es que se requieren razones para justificar los resultados; se requiere de esa capacidad de ofrecer razones. Un juez debe ser capaz de exponer razones para justificar su decisión y el resultado de un caso determinado. En palabras de Sussman: «los mejores jueces no se limitan a tomar buenas decisiones, también son excelentes explicando porque esas decisiones son buenas»²²⁶.

La propuesta de ese autor es el juicio basado en factores, no como una cuestión de discrecionalidad desatada, sino que constriñen al decisor a considerar una serie de factores en forma previa a tomar la decisión. Aquí los factores son puntos o cuestiones abstractas que el juez debe tener en consideración, pero que no condicionan a un resultado dado en específico, como en el caso de las reglas. Este sistema de toma de decisiones sacrifica cierta predictibilidad, que busca concretar las reglas, a cambio de poder dar un juicio con mayor exactitud en un caso concreto; el sistema busca el respeto de toda la situación y de las circunstancias de toda la persona²²⁷.

Un sistema de decisión basado en factores cuenta con ciertas características²²⁸:

- * Criterios múltiples y diversos, no hay una solución en la aplicación mecánica de un principio o una regla, se necesita ver con amplitud los hechos para generar un criterio;
- * La dificultad de especificar los factores relevantes en forma anticipada, esos factores deben ser especialmente vagos para poder adaptarse;
- * Ausencia de un claro y anticipado peso a los criterios sobre los factores;
- * Estar atento a la situación, un sistema de factores debe estar atento a un amplio espectro de las particularidades: hay que mirar todas las particularidades del caso

²²⁵ *Ídem*, pp. 155-156.

²²⁶ «*The best judges do not merely make good decisions: they are also good at explaining why their decisions are good*» La traducción es propia. *Ídem*, p. 159.

²²⁷ *Ídem*, pp. 159-162.

²²⁸ *Ídem*, pp. 162-166.

individual. La decisión basada en reglas se centra sólo en una o unas partes de la compleja situación; los factores amplían el rango de cuestiones que deben ser tomadas en consideración por el juez, aun cuando sea imposible mirar todas ampliar el punto de mira es crucial para ver cada caso en su contexto;

- * Evitar la abstracción y ver las particularidades, la decisión no necesariamente servirá para decidir casos futuros;
- * Atender a los precedentes y usarlos en forma analógica, mirar a los casos anteriores para poder compararlos con la decisión actual y, generar con ello mayor consistencia;
- * Diversas valuaciones acerca de los factores, no existe una métrica para su valoración, en cada caso se harán conmensurables atendiendo a las necesidades de la particular situación. Esos factores pueden ser cualificados en forma diferente en cada caso; la valoración que se haga de los mismos será, muchas veces, única para ese caso. Los factores pueden valorarse en muchas y diversas escalas y,
- * Teorización incompleta, un sistema basado en factores no necesita construir una amplia teoría que soporte el peso de la decisión; opera sobre la base de un cierto nivel de generalidad.

Desde luego, habrá algunos casos en que un sistema de decisiones judiciales no sea idóneo para ciertas cuestiones y un sistema basado en reglas limitantes sea lo mejor. Ciertamente, la virtud de el sistema basado en factores está en la mayor capacidad de adaptación y manejo de las particularidades adquiere muchas virtudes cuando tenemos que enfrentarnos a situaciones en que cada caso tendrá aristas distintas y, algunas veces únicas²²⁹.

Esto nos lleva a sostener que en contextos en que la casuística sea el mejor sentido nos inclinemos por ella —basado en factores— y, en aquellos en que el contexto sugiera decisiones más cerradas nos inclinemos por las reglas²³⁰. Cuando existe un consenso amplio sobre ciertos resultados es mejor inclinarse por las reglas; en cambio, cuando ese consenso sea mínimo una decisión no sujeta a reglas —basada en factores— será mejor²³¹.

²²⁹ *Ídem*, p. 166.

²³⁰ *Ídem*, p. 167.

²³¹ *Ídem*, p. 180.

Un sistema de decisión basado en reglas es menos aceptable cuando las circunstancias a las que pretende regir cambian rápidamente. Esas reglas se pueden volver, con celeridad, obsoletas y se vuelve una mejor solución delegar esa decisión a un sistema más abierto que analice caso por caso a partir de los factores relevantes²³².

Hemos visto la descripción que efectuó Sunstein entre un sistema de decisiones basado en reglas y uno en factores; las conveniencias y limitaciones que cada uno representa. Ahora, como habíamos ya dicho, ésta distinción nos sirve de parámetro para, a la postre, defender un método interpretativo para la suspensión. La razón por la que, esos sistemas de decisiones judiciales, nos sirven de marco de referencia es lo que adelantaremos a continuación.

La suspensión en el juicio de amparo, como hemos visto, producto de su caracterización como tutela cautelar y diferenciada y, a la par, por el objeto de protección que son los derechos constitucionales —que de entrada están indeterminados— y las múltiples necesidades de protección especial que requiera cada uno de esos derecho en casos concretos, no puede estar sujeta a un sistema de decisión rígido y limitado como el que ofrecen las reglas. Por el contrario, dadas las abiertas e indeterminadas condiciones en que tiene que operar, es mejor decidir sobre ella basada en un sistema de factores más adaptable, maleable y casuístico.

Considerando lo anterior, la mejor manera de aproximarse a un método de interpretación — que de cuenta de las necesidades antes descritas— del primer párrafo de la fracción X del artículo 107 constitucional es partir de la idea de que éste párrafo constituye un sistema de decisión basado en factores. Consideremos el texto de ese párrafo:

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

²³² *Ídem*, p. 182.

Ese texto muestra una inclinación a generar un cierto nivel de discrecionalidad en el juez que habrá de pronunciarse sobre la suspensión; cuando, previamente, pondere la apariencia del buen derecho y el interés social, en el contexto de un acto reclamado. Las nociones de la apariencia del buen derecho, el interés social y el contexto del acto reclamado son, de inicio, inconmensurables, son abstractos, no tienen una solución clara, anticipada y que pueda ser mecánica, estos no se rigen bajo una métrica preestablecida para valorarlos, en suma, se trata de concepciones abstractas que sólo van a adquirir sentido en el contexto casuístico de cada caso.

En ese sentido, ese texto de la constitución invita al juez a tomar en cuenta esos factores, pero no conduce a ningún resultado preestablecido o claro; cada caso exige ser analizado atendiendo a las particularidades del mismo. Lo anterior, no es que se genere en forma excluyente a partir de ese texto; hay que tener en consideración que es necesario mirar a los derechos que la suspensión busca proteger y que como cautelar diferenciada le exige adaptarse a las necesidades que de cada derecho surjan para dar efectividad a esa tutela. Con todo ello en mente, se puede sostener, que el mejor sistema de decisión sobre la suspensión es uno en que se tome el texto de la constitución como los factores a considerar para resolver sobre la misma, de nuevo: caso a caso y mirando todas las particularidades de cada uno²³³.

Partiendo de esas bases lo que sigue es exponer el método de interpretación que se propone para interpretar la suspensión, atendiendo a esa noción de la misma como un sistema de decisión basado en factores, y a las necesidades de discrecionalidad y casuística de la misma.

VII.2 LA SUSPENSIÓN COMO UN ÁRBOL VIVO

En el año 1930 en el caso *Edwards v A.G. of Canada (persons case)*, el *judicial committee of the privy council decisions* dijo lo siguiente: «*The British North America Act planted in*

²³³ La primera sala de la suprema corte apunta a una dirección similar. En la sentencia de la contradicción de tesis 85/2018 se dijo que el análisis de la suspensión debe ser con un amplio margen de discrecional y que caso a caso debe de estudiarse las afectaciones que produzca el acto reclamado en su propio contexto. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 74, enero 2020 , Tomo I, página 618.

Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. 'Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention'»²³⁴.

Esa metáfora ejemplifica bastante bien la forma en la que se cree que una constitución funciona: evoluciona conforme cambia la realidad; valiéndonos de esa metáfora, al inicio genera sus raíces en los juicios morales-políticos que forjaron esa constitución, los términos que se eligieron para su redacción y a partir de ello comienza su crecimiento, extiende sus ramas y abarca zonas que no estaban contempladas en un inicio.

Una constitución no puede ser estática ni pensarse que debe permanecer monolítica a los cambios de la realidad; esa misma concepción nos decanta a pensar que la constitución crece, se expande y maximiza su alcance a partir de las interpretaciones que de ella se hacen. La constitución, amable lector, es para nosotros un documento vivo. En general, las posturas acerca de esa forma de entendimiento de la constitución y su interpretación se agrupan bajo la noción de: constitucionalismo vivo²³⁵.

En términos generales el constitucionalismo vivo es el que ve en la constitución un documento, en palabras de Strauss: «que evoluciona, cambia con en tiempo y se adapta a las nuevas circunstancias, sin ser formalmente reformada». Ese autor agrega que no hay una alternativa realista más que ver a la constitución como un texto vivo²³⁶.

Sustein recordaba aquella frase de Thomas Jefferson que decía que los muertos no tenían derechos; él creía que las generaciones pasadas no tienen permitido atar el presente. Jefferson sostenía que la constitución debía de ser repensada por muchas mentes en cada generación,

²³⁴ *Edwards v A.G. of Canada*, British and Irish Legal Information Institute, disponible en: https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1929/1929_86.html

²³⁵ Es una postura que está alejada de tener críticas y detractores, por el contrario, esa aproximación suscita varias objeciones. Pueden consultarse esas posturas discrepantes en: BARBER, Sotirios A., y James E. Fleming, *Constitutional interpretation. The basic questions*, New York City, Oxford University Press, 2007, en especial los capítulos 2 Y 5 y en WALUCHOW, Wilfried J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, en especial los capítulos IV y V.

²³⁶ «A 'living constitution' es one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended» la traducción es propia, STRAUSS, David, A., *The living constitution*, New York City, Oxford University Press, 2010, p. 1.

como parte de la naturaleza del autogobierno y a la luz de las nuevas circunstancias y a través de las modificaciones del propio texto. Jefferson tuvo —en las palabras de Sunstein— su venganza, no a través de las reformas formales a la constitución, pero sí a través de las prácticas y de la interpretación que han hecho del texto de la constitución estadounidense algo bastante distinto del texto fundacional. Sunstein enfatiza que la constitución es el producto de muchas mentes y que el cambio constitucional ha ocurrido como un proceso de incrementación. Las constituciones cambian, aunque celebremos su estabilidad, son significativamente distintas años después de que se adoptaron²³⁷.

Ahora bien, el que se diga que la constitución está viva y cambia con el tiempo no unifica en una sola postura sobre cómo ésta cambia. Una primera postura es la que se decanta por que el cambio se produce a través de la interpretación que hacen los jueces de la constitución. Otra, que discrepa que el cambio se da a través de esos procesos interpretativos, es aquella que centra el cambio en los procesos históricos como los que provocan el cambio del entendimiento de la constitución y ello propicia el cambio en la interpretación de la misma²³⁸. Aun cuando ese enfoque historicista tiene puntos de gran valía, nos centraremos en la versión interpretativa al ser la que se adapta a las circunstancias de nuestro caso: la interpretación de la suspensión en el juicio de amparo.

Al momento en que se redacta una constitución sus creadores, aunque ellos sean las mentes más brillantes, están limitados por el conocimiento de su tiempo a no poder prever a qué situaciones tendrá que ser aplicada su creación en el futuro, ocurre lo mismo en general con las leyes. Los legisladores o constituyentes no son oráculos o adivinos que puedan conocer el futuro, nadie puede saberlo²³⁹. Si una constitución se piensa como un documento estático y sujeto a ese momento de su creación regulará sólo a esa sociedad, o incluso ni siquiera a esa, en el contexto en que fue creada. Sería necesario que en cada momento de cambio la

²³⁷ SUNSTEIN, Cass R., *A constitution of many minds, op. cit.*, pp. 2,3, 6 y 210.

²³⁸ ACKERMAN, Bruce, *La constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 20, 36, 37 y 49.

²³⁹ En el caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920), de la corte suprema norteamericana, el juez Oliver Wendell Holmes Jr., escribió a nombre de la corte: « With regard to that we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation.»

constitución se modificara, en una serie de cambios interminables que son imposibles, incluso en nuestro país en que la constitución rígida ha sido tan flexible en su reforma al grado de generar una práctica de hiperreformismo.

Al respecto Tribe y Dorf señalan que «aquellos que escribieron el documento o que votaron para ratificarlo estaban sin lugar a dudas proyectando sus deseos a un futuro indefinido» y complementan diciendo: «... la constitución es fundamentalmente un texto para ser interpretado y reinterpretado en una búsqueda interminable por su entendimiento»²⁴⁰.

Desde que una constitución es redactada, o alguna de sus cláusulas, al momento en que ésta tiene que ser aplicada muchas cosas cambian. Este fenómeno del cambio es constante y tal vez, en las sociedades contemporáneas, sea aun más acelerado que en el pasado por los continuos cambios tecnológicos y la alta comunicación que se vive hoy en día. Esta es una de las razones por las cuáles la constitución necesita evolucionar constantemente para poder adaptarse a esos cambios, a nadie interesa que se piense a esa norma, exclusivamente, bajo las ideas y contexto en el momento en que fue escrita; pensar eso es atarnos a realidades pasadas que ya no reflejan nuestra práctica social y político-moral del presente. Si la constitución es un documento inmutable equivale a dejarnos gobernar por la mano muerta del pasado, que no sabía, o no pudo saber, lo que el futuro depararía.

Ahora, no todo el texto de la constitución necesita que evolucione o se interprete; algunas de sus cláusulas son bastante comprensibles y no necesitan evolucionar, por ejemplo: la cámara de senadores se renueva cada seis años, el presidente entrará a ejercer el encargo el 1 de octubre y durará seis años en el cargo o que para ser elegible como ministro de la suprema corte es necesario que sea un ciudadano mexicano por nacimiento. Son aplicadas sin que se discrepe sobre su significado o alcance²⁴¹.

En otro extremo encontramos aquellas cláusulas que fueron redactadas usando formas abstractas, pensemos en los derechos al medio ambiente sano, a la salud o a la libertad; desde

²⁴⁰ TRIBE, Laurence H. y Michael C. Dorf, *Interpretando la constitución*, Lima, Palestra, 2010, pp. 51 y 79.

²⁴¹ STRAUSS, David, A., *op. cit.*, pp. 7-8.

luego, no hay un consenso en cómo esas palabras deben de ser aplicadas en casos concretos o qué es lo que de ellas se derivan. Esas palabras de los textos constitucionales son las que se tienen que interpretar para poder emplearlas en casos concretos. Muchas de esas palabras son las que forman las cartas de derechos constitucionales que la suspensión busca proteger y, por ello, la suspensión tiene que servirse de la interpretación general de aquellos derechos.

Una de las posturas que pueden admitirse como un constitucionalismo vivo es la que ofrece Ronald Dworkin²⁴²; para quien las constituciones expresan los términos iniciales de un inacabado debate acerca de los principios morales que están en el centro de los derechos — la libertad, la igualdad y etcétera—y que son los propios límites a la acción del Estado. Con el paso del tiempo el entendimiento de esos principios ha de mejorar y con ello, a la par, la constitución sufre mejorías. Esos principios son los que justifican las limitaciones que las constituciones imponen a los poderes públicos. Esos principios son variopintos y sólo adquieren significado en casos concretos en los cuáles, los intérpretes —los jueces en este caso— se ven conminados a seleccionar de entre varias de las teorías morales que subyacen a esos derechos; en estos caso, la elección dependerá de aquella de esa teorías que le adscribe mayor valor a esos principios; una interpretación constructiva que muestra a esos principios bajo su mejor luz. Esa interpretación no se desprende en exclusiva del texto sino que ha de mirar a la historia y a las prácticas previas para mostrar, en compañía de ellas, esa mejor comprensión; es una teoría moral, pero una que debe encajar con las prácticas constitucionales existentes e históricas. Dentro de esa teoría, la constitución fija a través del lenguaje vago de esos principios las bases del debate sin cerrarlo, serán los intérpretes quienes busquen concretar de la mejor manera esos principios para generar ese mejor entendimiento de los mismos; una constitución no es un producto inacabado sino la base para un proceso de revisión y continúa reformulación, Dworkin, a tales efectos remite a la creación de una novela en cadena²⁴³.

Las constituciones, en las nociones que se refirieron a partir de Dworkin, se deben de interpretar en la forma en la que se les dé el mejor contenido y aplicación posible, ese autor

²⁴² En lo general me baso en las ideas de DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 50-71, 164-163, 238-250, 251-290.

²⁴³ Sobre la analogía de la novela en cadena, véase *idem*, pp. 166-172 y, *supra*, nota 174.

dice: «la actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado»²⁴⁴.

Esa práctica interpretativa antes descrita se centra en lo que Dworkin llama «la lectura moral de la constitución» que el propio autor sintetiza de la siguiente forma:

«Muchas constituciones contemporáneas protegen los derechos individuales en contra del gobierno en un lenguaje amplio y abstracto (...) La lectura moral propone que todos nosotros —jueces, abogados y ciudadanos— interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con la convicción de que invocan principios morales sobre la decencia política y la justicia (...) son las personas que forman sus opiniones quienes deben decidir cuál es la mejor interpretación de un principio moral abstracto(...) Los abogados y los jueces, en su trabajo cotidiano, tratan instintivamente a la constitución como una expresión de exigencias morales abstractas que sólo pueden ser aplicadas a casos concretos a través de juicios morales frescos»²⁴⁵.

Barber y Fleming, partiendo de las ideas de Dworkin, construyen una vertiente de la interpretación constitucional a la que denominan: enfoque filosófico de la interpretación constitucional. Para ese par de autores, la interpretación es una búsqueda auto crítica acerca del mejor entendimiento de la constitución y que redima a a las cláusulas constitucionales como un instrumento de justicia, de bienestar general y de otros valores que subyacen en la constitución. Esa interpretación implica cierta fidelidad al texto de la constitución y proceder a partir de él para lograr un mejor entendimiento; obliga a los intérpretes —los jueces— a pensar por sí mismos sobre las palabras abstractas que están en las constituciones y las concepciones específicas que esas abstracciones deben de materializar en caso concretos; entendiendo éstas en la mejor forma que sea consistente con los compromisos que

²⁴⁴ *Ídem*, p. 290.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria” en DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la constitución norteamericana*, Lima, Palestra, 2019, pp. 8 y 10.

representan esas abstracciones. Las constituciones no son códigos detallados de conducta y, por el contrario, se tiene que definir su mejor entendimientos en los casos concretos²⁴⁶.

Por otro lado, tenemos las posturas que defienden Waluchow y Strauss, las cuáles son bastante próximas, ambos parten de la necesidad de una interpretación de la constitución que evolucione —por lo menos referidas a los derechos constitucionales— conforme de sean los cambios en la sociedad; esas disposiciones abstractas deben tener un margen para la ampliación y que ese proceso puede, o quizás hasta debe, darse a través de la interpretación y no a través de las reformas o adiciones a ese texto constitucional. Además, podemos decir que ambos autores se refieren a que las características antes descritas deben darse a través de las labores de los tribunales que siguen el método del *common law*; es decir, el constitucionalismo vivo se desarrolla a través de las sentencias de los jueces²⁴⁷.

Las cartas de derechos, o las declaraciones de derechos contenidas en una constitución, son para Waluchow no son meros puntos de acuerdo o precompromisos morales; para ese autor sus funciones son algo más modestas, basándose en las ideas de la textura abierta descrita por Hart, sostiene que los derechos son normas de textura abierta que no generan una comprensión detallada sobre lo que éstos son; por el contrario, dejan abierta la posibilidad de que éstos se concreten e incluso cambien en la medida en que sean aplicados a caso concretos. La constitución se vuelve un marco de regulación estable, pero cuyo alcance es dejado a quienes la han de interpretar; de ahí la metáfora de un árbol vivo. Para Waluchow, los derechos contenidos en una constitución deben de ser interpretados bajo el método del *common law*; es decir, a través de la referencia a los precedentes en que previamente se aplicaron esos derechos. Pero, en ese mismo marco, el sistema del *common law* ofrece las salidas para reinterpretar esos precedentes y adaptarlos a la realidad o, inclusive, construir otros²⁴⁸. Finalmente, el crecimiento de ese árbol vivo se da en función de las normas morales y convicciones que una comunidad ha adquirido sobre su práctica social y en las que haya

²⁴⁶ BARBER, Sotirios A., y James E. Fleming, *Constitutional interpretation. The basic questions*, op. cit. pp. 155-170.

²⁴⁷ WALUCHOW, Wilfried J., op. cit., pp. 135-193, 265-307 y 309-377.

²⁴⁸ WALUCHOW, Wilfried J., op. cit.

un compromiso que les ha dado cierto reconocimiento constitucional, una moral positiva, como le llama el autor una moralidad constitucional de la comunidad. En este último punto, las decisiones sobre los derechos deben descansar y referirse a esa moralidad positiva, sobre todo, en los casos en que se busca que el árbol crezca más allá de sus actuales alcances.²⁴⁹

El constitucionalismo vivo de Strauss se asemeja a lo que describe Waluchow, con la excepción de que Strauss no entra de lleno al conflicto acerca de alguna clase de moralidad que subyace a los derechos. Este autor parte del texto de la constitución para decir que hay cláusulas cuya claridad no está a discusión y otras que, por la forma en la que fueron escritas, son extremadamente vagas. Strauss se coloca incluso antes de las constituciones y vuelca su mirada en la antigua fuente del derecho que es el *common law* para con ella describir porqué se está en presencia de un instrumento vivo. Strauss muestra que en aquellos momentos en que los jueces tienen que interpretar algo acerca de una de esas palabras abstractas de la constitución, comúnmente centran sus esfuerzos en los precedentes más que en el propio texto de la constitución. La constitución es un forma viva es la acumulación constante de precedentes y la evolución de los mismos y, en cierta medida, de las nociones de justicia y de buenas políticas. El propio sistema del *common law* es la cadena que mantiene a los jueces y otros intérpretes no a hacer su voluntad, pues los precedentes los vinculan a cierta práctica aceptada. Ese sistema no es un algoritmo que tenga soluciones dadas, es un sistema gobernado por actitudes de humildad y un empirismo precavido. La idea central de Strauss es que la constitución se vuelve viva a través de las sentencias en que los jueces les dan contenido y la adaptan a una realidad cambiante a partir de las bases que ofrecen las decisiones previas²⁵⁰.

Antes de responder a las preguntas sobre porqué el método de interpretación del constitucionalismo vivo es el mejor para la suspensión, pongamos un botón de muestra de las razones por las que ese método de interpretación favorece la protección de los derechos constitucionales. Nuestras constituciones enuncian algunos de esos derechos en forma

²⁴⁹ WALUCHOW, Wilfried J., “Strauss, democracia y el constitucionalismo del árbol vivo” en FABRA Zamora, Jorge Luis y Leonardo García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Distrito Federal, México, IJ-UNAM, 2015, pp. 262-273,

²⁵⁰ STRAUSS, David, A., *op. cit.*, pp. 3, 34-45.

expresa, pero con un lenguaje indeterminado, lleno de abstracciones y vaguedades; podemos estar de acuerdo en que tenemos un derecho a la libertad, pero no estamos ni cercanos a tener un consenso de lo que ese derecho implica o, inclusive, si es mejor que no tenga un borde que limite su contenido. Muchos de los derechos que hoy están, o se consideran, protegidos ni siquiera se mencionan en el texto de las constituciones: una muestra en nuestro país es el derecho al libre desarrollo de la personalidad que lo mismo abarca el derecho al divorcio sin expresar causa, el derecho al cambio de nombre o el derecho a recrearnos consumiendo marihuana. Lo mismo ocurre con muchos otros derechos, pensemos en el derecho a la salud del que se desprende desde el derecho a recibir medicamentos hasta el derecho a la reproducción asistida. Hay un sinnúmero más de derechos que no están expresos en la constitución, algunos que se aplican desde hace tiempo como, por ejemplo, el derecho a la intimidad y habrá algunos otros que, ahora mismo, ni siquiera sepamos que van a emerger. Esos derechos, en todos los casos serán producto de un entendimiento del texto constitucional como un instrumento vivo y, a pesar de que los veamos como bienes valiosos, esos derechos estarían completamente desprotegidos a no ser que se interpretara la constitución con una lectura que le permita evolucionar en las múltiples situaciones que tiene que proteger. No hay una alternativa.

Gran parte de esos derechos no está escrita en ninguna parte de nuestras constituciones, por tanto, hay mucha más constitución de la que se enmarca en el documento. Hay que leer, entre líneas, la constitución porque buena parte de ella no está expresa; sin embargo, esa parte no escrita tiene que estar en armonía con la parte escrita de la constituciones y mezclarse con ella para ser coherentes. No podemos sostener que hay un derecho no escrito a robar, por ejemplo, pues la parte escrita de la constitución tiene amplias previsiones acerca de la protección de la propiedad privada. En ese contexto, la constitución no es y, es probable que no llegue a ser, un documento inacabado; está en constante construcción²⁵¹.

Las constituciones deben evolucionar para poder cumplir con los propios fines de limitación del poder y protección de las personas. Una constitución que no evoluciona deja huecos que

²⁵¹ AMAR, Arhill Reed, *America's unwritten constitution. The precedents and principles we live by*, New York City, Basic Books, 2012, pp. 47, 74, 94, 98, 116 y 451-477.

permiten la afectación constante de los derechos constitucionales de las minorías o, posibilita la afectación de aquellos derechos que aún no están nominados. La constitución debe poder adaptarse a esos nuevos entornos para cumplir esa función protectora y que le permita limitar al poder público en situaciones para las que no se había pensado. Un documento constitucional se tiene que tratar en función de las necesidades actuales y de lo cambiante que pueden ser las posiciones apoyadas en los derechos. El mundo cambia constantemente y con él los problemas de cada generación cambian, la constitución tiene que dar cuenta de ello, en caso contrario, sería un documento que ha dejado de tener valor²⁵².

Cuando las personas acuden a reivindicar esos derechos ante los tribunales, muchos de ellos, ni siquiera estarán establecidos o interpretados en ese sentido. Esa reivindicación, comúnmente se da de la mano de aquellos derechos que, al momento en que son exigidos y respaldados, serán nuevos derechos que se incorporan a los que ya se tienen. Es indispensable que los tribunales interpreten los derechos constitucionales en la forma en que éstos admitan cambios, evoluciones y se reconozcan nuevas posiciones tuteladas pues, en caso contrario, los tribunales tendrán muy poco que hacer en la defensa de la constitución, pero más que defender esa norma, en la defensa de las personas²⁵³.

La suspensión en el juicio de amparo debe ser interpretada como parte de una constitución viva y bajo ese método²⁵⁴. Esto es, interpretarla para permitir que evolucione conforme de sean los cambios en la sociedad, que no es otra cosa que adaptar a las nuevas realidades en las que deberá operar. Que se interprete para dotarla de mayor margen de protección y que ese mismo margen se vea en constante ampliación, esto es, acrecentar los ámbitos de protección que la suspensión puede brindar a casos novedosos y, también, que se interpreten

²⁵² CHEMERINSKY, Erwin, *Interpreting the constitution*, New York City, Praeger, 1987, pp. 66-67, 69-74 y 120-130. CHEMERINSKY, Erwin, *We the people. A progressive reading of the constitution for the twenty-first century*, New York City, Picador, 2018, p. 29.

²⁵³ TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, Distrito Federal, México, FCE-INACIPE, 2012, pp. 254 y 259.

²⁵⁴ Como método de interpretación es de uso común en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Véase las sentencias: Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 237. Corte IDH, Caso ANCEJUB-SUNAT vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2019, Párrafo 160

de la forma en la que produzca una mejoría en su ámbito protector a través de la concreción de medidas a partir de ella que den cuenta de las novedosas situaciones necesitadas de tutela.

Como recordamos al inicio, la suspensión es una tutela cautelar que sirve de protección transitoria a los derechos constitucionales. Como tal, debe ser interpretada en clave de esos derechos y de su propia finalidad como tutela cautelar, esto es, que conforme a las situaciones de afectaciones a los derechos van cambiando con la realidad la suspensión tiene que hacer efectivo su alcance modificándolo, expandiéndolo o transformándolo para que sea compatible con esas novedosas formas de afectación. El objetivo de la suspensión como tutela cautelar es brindar una protección temporal a cualquiera de los derechos constitucionales, la afectación a éstos puede ir cambiando y las medidas que se tomen al amparo de esa tutela deben adaptarse a esos cambios.

Como tutela cautelar que es, hemos dicho, que tiene que ser vista como una tutela diferenciada; que no es otra cosa que permitir que la tutela se preste atendiendo a las necesidades que demanda el derecho constitucional que está siendo afectado. Cada afectación exige una adaptación, desde luego en evolución de esa protección, para que esa tutela tenga la efectividad transitoria que busca dar una protección real a las necesidades que presenta el derecho que se busca proteger a través del amparo. Ese continuo de adaptaciones de la suspensión supone, que debamos interpretarla más allá de márgenes imaginarios, la protección de la suspensión será de tal magnitud como la afectación en los derechos se lo demande.

Unos párrafos atrás se decía que la suspensión debe ser vista como ese sistema de decisión basado en factores, ahora, ¿qué factores la constitución invita a tomar en consideración?, no son otros que los mencionados en el propio texto del primer párrafo de la fracción X del artículo 107 constitucional: la apariencia del buen derecho, el interés social y la naturaleza del acto. No es novedoso decir que esos conceptos aparecen como abstractos e indeterminados, no hay una noción única de la apariencia del buen derecho, tampoco de qué es el interés social y menos de una naturaleza del acto.

Puede resultar bastante atractiva la idea de la lectura moral y tratar de que la suspensión sea interpretada de la forma en la que muestre su mejor luz; pero, una búsqueda moral tan amplia para una cuestión que debe decidirse con urgencia tal vez sea muy complicada. Esa complejidad aumenta si consideramos que, en todo caso, esa empresa tan amplia tiene cabida hasta la sentencia definitiva. Lo anterior no quiere decir que no podamos buscar fines más modestos y, con ellos, decir que la suspensión tiene que concretar la mejor protección para la afectación al derecho; para ello es importante que la suspensión se adapte y cambie en función de esas afectaciones. Nos quedamos con la idea de que lo que interesa, para efectos de la interpretación viva del documento, es que ésta pueda adecuarse a los cambios de la realidad que se modifica constantemente.

Por principio, para interpretar la suspensión en un contexto de darle esa vivacidad que requiere para poder proteger derechos, no podemos interpretar a esa naturaleza del acto reclamado como una cuestión previa; es decir, no se puede pensar que la forma en que se presenta el acto de autoridad condicione la procedencia o improcedencia de la suspensión. Pensar eso equivale a repetir los mismos yerros que la jurisprudencia que instauró la teoría del acto reclamado cometió: ignorar a los derechos y su afectación y centrarse en la forma de los actos de la autoridad. Si el sistema entero de la constitución descansa en la persona y su protección a través de los derechos constitucionales, no podemos girar y mirar en la dirección apuesta a la situación concreta en la que los mismos están siendo afectados. La suspensión se debe leer de la mano con esos derechos y, por tanto, concentrarse en las afectaciones de los mismos y no en cómo la autoridad le dio forma u omitió hacerlo en detrimento o afectación de las personas. El primer punto de una interpretación evolutiva de la suspensión está aquí: la suspensión debe adaptarse a las afectaciones a los derechos y a las múltiples posibilidades de que esto ocurra en formas que hasta ahora nos son desconocidas.

La apariencia del buen derecho es otra de las cuestiones que está indeterminada; por mucho tiempo se ha encadenado la noción de la apariencia a las pruebas con las que ésta puede acreditarse. Hay que permitir que esa apariencia se de en función de las múltiples formas en las que los derechos son afectados, interesa la afectación primero antes que la forma en la que ese derecho puede acreditarse. Esto se debe a que la decisión, en cognición plena, sobre

el derecho constitucional en cuestión corresponde a la sentencia del juicio de amparo y no a la suspensión. Cómo se presentan las afectaciones a los derechos y cómo se acreditan la tenencia de los mismos son cuestiones distintas; se puede dar una afectación a un derecho aunque la persona no cuente con la más mínima prueba de que es titular de ese derecho. Una muestra de esta cuestión son todos aquellos derechos no enumerados en la constitución, ¿cómo exigir acreditar esos derechos para que los proteja la suspensión cuando se está debatiendo, incluso, si éstos existen? La suspensión debe interpretarse en forma en que sea adaptable a cómo los derechos pueden verse como aparentes; de nuevo, exigir que se acredite el derecho mismo es una cuestión del fondo del asunto y no de la suspensión. Esa apariencia puede estar presente de muchas formas, en muy diversas manifestaciones o ser elusiva; pretender una noción rígida de esa apariencia que equivalga a catalogar la misma conforme a los medios de prueba que la acreditan es el mismo error que catalogar los actos en abstracto.

Lo mismo ocurre con el interés social, cambia y cambia mucho en función de los cambios que la propia sociedad tiene. No es lo mismo la noción de ese interés hace unos años que la de hoy en día. Cada caso será distinto, no hay una afectación general a ese interés que se pueda convertir en piedra inmodificable; tal vez en algunos momentos se pueda pensar que se afecta de cierta forma y en un futuro se entienda que a la sociedad dejó de interesarle, que no le trae ningún beneficio, ni se le coarta el ejercicio de algún derecho. La misma dinámica de cambio hace ver a ese interés en forma casuística. Si los derechos afectados evolucionan, el interés social también. No hay razón para pensar que esa noción de interés tenga un contenido preestablecido, ni siquiera cuando se concreta en algún precedente, ésta puede aparecer de múltiples formas o no hacerlo en ciertos casos. Hay que interpretar esa noción de interés social en forma dinámica, de cambios que reflejen los cambios mismos de la realidad social. Se ha vuelto común ver a la apariencia del buen derecho y al interés social como dos contendientes en polos opuestos, esa realidad está lejos de serlo, en algunos casos ese interés social y la apariencia del buen derecho son dos caras la misma moneda; pensemos en cuando se busca proteger el derecho al medio ambiente, no sólo se tendrá apariencia del buen derecho sino que el interés social va de la mano de esa apariencia en función de la protección de ese derecho.

Las medidas cautelares que se dicten a partir de la tutela que brinda la suspensión, en la misma sintonía, deben de ser interpretadas de manera que se adapten, en este caso, a las diversas formas de afectación de los derechos constitucionales. No hay medidas determinadas, ni una clasificación pre constituida de las mismas: cada afectación ameritará la medida que de mejor forma proteja el derecho que se ve vulnerado. Hay que interpretar que la suspensión comprende tantas medidas cautelares como diversidad de afectaciones a los derechos puede haber. Hoy pensamos en que habrá medidas asegurativas y medidas que tengan efectos restitutorios provisionales; el día de mañana podemos pensar en medidas que sean inhibitorias del daño²⁵⁵, evitando que éste ocurra y abandonando la noción de afectación real. De nueva cuenta, se trata de un constante adaptación a las nuevas y variadas situaciones que la realidad presenta a cada paso.

No nos debe extrañar esa noción de interpretación de nuestra constitución como un árbol que va creciendo y extendiendo su ramaje, es una idea que ya está en marcha y lleva tiempo ya creciendo. No sólo en los casos de interpretación de los derechos constitucionales sino, también, en el caso de la suspensión podemos observarlo: la introducción de la apariencia del buen derecho, de la mano de la jurisprudencia es un buen ejemplo de ello o la introducción de la posibilidad de que la suspensión pudiera tener efectos restitutorios y no sólo conservativos, ambos dados desde 1996. La suspensión está viva, queramos o no cambia y tiene que hacerlo, pues de mantenerse estática dejaría de ser una tutela efectiva y sería sólo letra sin nada de acción.

Resta dar respuesta a las preguntas que Sunstein sostenía servían para justificar la elección de un método de interpretación: ¿por qué ese método debería ser aceptado? y ¿en qué es superior al resto de las posibilidades? pensado, desde luego, en que esa justificación debe ser distinta del texto que vamos se debe interpretar.

La respuesta al primer cuestionamiento sería: que al interpretarse como un instrumento vivo estaríamos en constante evolución de las formas de tutelar las afectaciones a los derechos constitucionales; la suspensión se adaptaría no sólo a la realidad, sino que, adaptaría las

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inhibitoria*, op. cit., pp. 44 y ss.

formas en las que ésta se da para que sirvan de efectiva tutela de los derechos afectados. Con esto se cumple con la función de la suspensión como tutela cautelar diferenciada.

Al segundo de los interrogantes se ofrece la siguiente respuesta: una concepción viva de la suspensión es superior a las demás elecciones posibles pues, por un lado, no ata sus resultados a reglas predeterminadas, sino que analiza cada una de las variadas situaciones que se presentan en cada caso y; además, permite construir respuestas a situaciones que aún no se conocen y no limitándose a buscar soluciones antiguas o hasta arcaicas a problemas novedosos.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CONCLUSIONES

Esta investigación nos ha llevado a dar un viaje por el mundo de la suspensión en el juicio de amparo. Ha sido, salvo la mejor opinión del lector, un viaje maravilloso. Estas jornadas nos han permitido acrecentar un poco lo que sabemos sobre la suspensión; pero, sobre todo, acrecentó nuestras dudas. Hay que recordar, como siempre, que lo que sabemos es una gota y lo que ignoramos un océano.

De lo que se pudo apreciar, inicialmente, es que dentro del espectro de la suspensión normalmente se engloban cuestiones que no son cautelares: la suspensión de oficio y de plano y la suspensión en amparo directo. La primera de ellas es una tutela satisfactiva de urgencia, que tiene un fin en sí misma que es la erradicación de los actos nocivos que a través de ella se buscan proteger. La segunda, la aplicable en amparo directo, pudimos observar es más un efecto propio de los recursos: el efecto suspensivo y no una cuestión de tutela cautelar. Con ello, podemos decir, que la única tutela cautelar en el juicio de amparo es la suspensión del acto reclamado en el marco del amparo indirecto.

Luego, basándonos en las cláusulas constitucionales que regulan la suspensión del acto reclamado, en el marco del amparo indirecto, se pudo notar que ésta es una tutela cautelar constitucionalizada y que, con ello, estábamos en presencia de un derecho constitucional a la tutela cautelar. Como tutela que es, tiene un objeto de protección determinado: la protección de los derechos que el amparo busca proteger. Es un derecho a la seguridad del derecho que el proceso busca proteger.

Bajo esa misma noción, la suspensión se debe entender como una tutela cautelar diferenciada que se adapte a las necesidades del derecho que está siendo afectado; el derecho moldea la tutela cautelar y las medidas que deben de dictarse para protegerlo. El punto principal, que se ha podido notar, es que las necesidades de un derecho —como quiera que éstas se presenten— deben condicionar la respuesta jurisdiccional para su protección; lo mismo ocurre con la tutela cautelar en la suspensión: su contenido será en función de lo que el derecho afectado necesite.

Se pudo constatar que, al decidir sobre la suspensión, los jueces se ven afectados por una serie de heurísticos y sesgos con los que buscan simplificar la complejidad de sus decisiones; sin embargo, esa simplificación produce, como añadido, que dejen pasar muchas otras cuestiones relevantes o las particularidades del caso. En suma, conducen a miradas parciales del problema que se busca atacar con la suspensión, generando con ello, que sus decisiones sean automatizadas y sin un conocimiento de las cuestiones diferenciales que hacen cada caso único. La jurisprudencia, en lo general, es el elemento que más de esos heurísticos genera en la decisión de los jueces, sobre todo, en el campo de la suspensión.

A partir de lo anterior, se notó que, la jurisprudencia que construyó la llamada: “teoría de los actos reclamados” implicó un análisis abstracto de los actos reclamados y, a partir de ello, construyó una serie de reglas que condicionaban las decisiones sobre la suspensión. Esa jurisprudencia construyó una clasificación rígida que resolvía la procedencia de la suspensión a partir de cómo el acto se presentaba. A esa clase de categorías poco, o quizá nada, le interesaba el derecho afectado; su punto focal era la abstracción del acto de autoridad. La clasificación de los actos reclamados generó un sistema de decisión basado en reglas que condicionaban, ¡lo siguen haciendo!, las decisiones de los jueces sobre la suspensión. Se puso en evidencia que esa “teoría” alejaba a la suspensión de su finalidad como tutela cautelar diferenciada que adaptara un remedio judicial a cada una de las situaciones en las que un derecho podía verse afectado.

Al momento en que se miró a la jurisprudencia y cómo ésta provocaba esos resultados; fue necesario analizar algunos aspectos de la teoría del precedente y si la práctica jurisprudencial mexicana se enmarca en ella. Conforme a nuestro análisis, la jurisprudencia en México es un sistema normado de precedentes y, además, es una práctica que en los hechos ha generado una adhesión constante a los precedentes. Nuestra jurisprudencia, como pudimos hacer notar, es vinculante y obliga a seguirla en los casos en que sea aplicable. Un punto importante que surgió fue que, en el caso de la jurisprudencia en nuestro país, es un sistema de precedentes incompleto, que a pesar de que cuenta con fuerza normativa vinculante no ha desarrollado las técnicas para que, en la práctica, adquiera viabilidad: es necesario que se desarrollen las

mismas para que apartarse de los precedentes, distinguirlos o su simple uso tengan una estructura que aleje a la arbitrariedad de las decisiones.

Con todo lo anterior, se pudo estructurar una respuesta a las cuestiones antes descritas. Una respuesta que no tiene que ver con un cambio normativo, sino un cambio en la postura interpretativa sobre la suspensión. La postura interpretativa que se propuso parte de observar al sistema de decisión sobre la suspensión como uno basado en factores; es decir, un sistema de decisión que permite adaptar la misma a las particularidades de cada caso en concreto, que permite observar un panorama más amplio sobre el problema y, sobre todo, que no tiene un resultado preestablecido como lo hay en un sistema basado en reglas.

En ese sentido, la investigación nos ayudó a poner en evidencia que la discrecionalidad de los jueces en la decisión es de mucha importancia. Los jueces tienen que analizar cada caso como un caso único, atendiendo a las cuestiones puntuales de cada uno y las necesidades de los derechos en cada caso. Un sistema de decisión basado en reglas se vuelve ineficiente cuando las situaciones a las que pretende referirse son extremadamente casuísticas y, por tanto, no idóneo para las decisiones acerca de la suspensión.

A partir del desarrollo de los capítulos que componen esta investigación se pudo sostener que: la suspensión tiene que interpretarse como un documento vivo que forma parte de una constitución, con ello se posibilita que se adapte a los cambios sociales sin necesidad de reformas constantes y, más importante, que adapte sus decisiones a las distintas necesidades de protección que tengan los derechos. Eso, en conclusión, proyectará a la suspensión como una verdadera tutela temporal de los derechos. La idea central es que la suspensión pueda ser, en la realidad, ese instrumento efectivo de protección de los derechos y que no se mire bajo el prisma de construcciones que la alejen de esa finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *La constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- AGUILÓ Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2011.
- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, IJ-UNAM, 1972.
- ALCALÁ-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ra. Edición, segunda reimpresión, Ciudad de México, IJ-UNAM, 2018.
- ALEXANDER, Larry y Emily Sherwin, *Demystifying legal reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2012.
- AMAR, Arhill Reed, *America's unwritten constitution. The precedents and principles we live by*, New York City, Basic Books, 2012
- ARELLANO García, Carlos, *El juicio de amparo*, 10ª ed, D.F., México, Porrúa, 2005.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ªed., Barcelona, Ariel, 2004.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BARBER, Sotirios A., y James E. Fleming, *Constitutional interpretation. The basic questions*, New York City, Oxford University Press, 2007.
- BERNAL Pulido, Carlos, *et. al., El precedente en la suprema corte de justicia de la nación*, Ciudad de México, CEC-SCJN, 2018.
- BIX, Brian, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, D.F., México, IJ-UNAM, 2010.
- BONILLA López, Miguel, *El amparo contra actos en juicio de ejecución irreparable*, Ciudad de México, IJF-CJF-MA Porrúa, 2019.
- BRENNER Saul y Harold, J. Spaeth, *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la corte suprema de los estados unidos, 1946-1992*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- BREWER-Carías, Allan, *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado en América Latina*, Ciudad de México, Porrúa-IMDPC, 2016.
- BURGOA Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 23ª edición, D.F., México, Porrúa, 1986, p. 711, 741-797.
- CAMPUZANO Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo, teórico-práctico*, 3ª ed, Ciudad de México, Thomson-Reuters-Dofiscal, 2017.
- CANO López, Luis Miguel *et. al.*, Comentarios a los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la renovación del juicio de amparo, en FERRER MacGregor, Eduardo *et. al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e ineteramericana*, Ciudad de México, SCJN-IJ-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, Lima, Palestra-IJ-UNAM, 2010.
- CARRILLO, Marc, “La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales”, en FERRER Mac-Gregor Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *La ciencia del*

derecho procesal constitucional, Tomo IV, Ciudad de México, IIJ-UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008.

CHEMERINSKY, Erwin, *Interpreting the constitution*, New York City, Praeger, 1987

CHEMERINSKY, Erwin, *We the people. A progressive reading of the constitution for the twenty-first century*, New York City, Picador, 2018

COSSÍO Díaz, José Ramón, *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones*, Ciudad de México, FCE, 2018.

COUTO, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 4ª edición, D.F., México, Porrúa, 1983.

CROSS, Rupert y J.W. Harris, *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

DE ALBA de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, D.F. México, Porrúa, 2011. DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald, “En que se parece el derecho a la literatura”, en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008.

DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria” en DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades. La lectura moral de la constitución norteamericana*, Lima, Palestra, 2019.

FAIRÉN Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, IIJ-UNAM, 1992.

FERRER- MacGrear, Eduardo y Héctor Fix-Zamudio, “Las garantías constitucionales en México: 200 años”, en FERRER- MacGrear, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Ciudad de México, Marcial Pons-IIJ-UNAM, 2017.

FERRER MacGregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, D.F. México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2013.

FIX-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, IIJ-UNAM, 1974.

FIX-Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela, *Derecho procesal*, México, IIJ-UNAM, 1991.

FIX-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, IIJ-UNAM, 1993.

FIX-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, D.F., México, Porrúa, 1977.

FIX-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, D.F. México, Porrúa-UNAM, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992.

GÓMORA Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2018

GÓNGORA Pimentel, Genaro David, *La suspensión en materia administrativa*, 6ª ed., D.F., México, Porrúa, 2001.

GÓNGORA Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 4ª ed, D.F., México, Porrúa, 1992.

HERRERA García, Alfonso, “El objeto de protección del juicio de amparo” en CARBONELL (et. al.), *Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo III, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2015.

HOLMES, Stephen y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*; Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

JIMÉNEZ Asencio, Rafael, *Los Frenos del poder. Separación de poderes y control de la instituciones*, Madrid, Marcial Pons-IVAP, 2016.

KAHN, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-IIIJ-UNAM-Universidad de Palermo, 2017.

KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Ciudad de México, Debolsillo, 2018.

KOZEL, Randy J., *Settlet versus right. A theory of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017,

MACCORMICK, D. Neil y Robert Summers, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, Ciudad de México, TEPPJF, 2016.

MALEM Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 198.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inhibitoria*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*, Lima, Palestra, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá, Temis, 2015. Pp 31-

MIRAMÓN Parra, Araceli, “Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico”, en *Cien años de derecho civil en México 1910-2010*, México, UNAM, 2011.

MITIDIERO, Daniel, *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, Madrid, Martcial Pons, 2013.

MONARQUE Ureña, Roldofo y Novia Cruz, Iván, *La suspensión en el juicio de amparo. Planteamiento esquemático*, 3ª ed, Ciudad de México, Porrúa, 2016.

MÖLLER, Kai, *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

NIEVA Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, Tomo I, 4ª ed, D.F., México, Porrúa, 1993.

ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018.

ORTELLS Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.

PÉREZ Gaipo, Julio, *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar*, Pamplona, España, Civitas Thomson-Reuters, 2018.

PEÑA Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

PRIORI Posada, Giovanni, *El proceso y la tutela de los derechos*, Lima, PUCP, 2019.

PROTO Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2014.

RÜTHERS, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre constitución y método*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

SAJÓ, András y Renáta Uitz, *The constitution of freedom. An introduction to legal constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SUÁREZ Ávila, Alberto Abad, *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la suprema corte*, D.F. México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2014.

- SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H., *Un pequeño empujón*, Ciudad de México, Taurus, 2017.
- SUNSTEIN, Cass R., *Legal reasoning and political conflict*, 2ª ed., New York City, Oxford University Press, 2018.
- SUNSTEIN, Cass R., *A constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Cuaderno de jurisprudencia no. 7. Igualdad y no discriminación*, Ciudad de México, SCJN, 2020.
- STRAUSS, David, A., *The living constitution*, New York City, Oxford University Press, 2010.
- TAFOYA Hernández, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Ciudad de México, SCJN, 2017.
- THOMAS, E. W. *The judicial process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2005.
- TRIBE, Laurence H. y Michael C. Dorf, *Interpretando la constitución*, Lima, Palestra, 2010.
- TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, Distrito Federal, México, FCE-INACIPE, 2012.
- TRON Petit, Jean Claude, *Manual de los Incidentes en el Juicio de Amparo*, México, Themis, 2005.
- TWINING, William y Miers, David, *How to do things with rules*, 5ª, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- WALUCHOW, Wilfried J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- WALUCHOW, Wilfried J., "Strauss, democracia y el constitucionalismo del árbol vivo" en FABRA Zamora, Jorge Luis y Leonardo García Jaramillo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Distrito Federal, México, IIJ-UNAM, 2015
- ZALDÍVAR, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, D.F., México, IIJ-UNAM, 2002.
- ZALDÍVAR Lelo de Larrea, Arturo, Comentario al artículo 107, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo X, México, MA. Porrúa, 2016.

HEMEROGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry y Sherwin, Emily, *Los jueces como creadores de reglas*, Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho, No. 4, 2010.
- DE ALBA De Alba, José Manuel, *Suspensión de oficio de plano contra actos prohibidos de discriminación previstos en el artículo 1º constitucional (prohibición de bodas entre parejas del mismo sexo)*, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número especial, 2014.
- CHINCHILLA Marín, Carmen, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de efectividad de las resoluciones*, en Revista de Administración Pública, No. 131 mayo-agosto, 1993.
- CRUZ Parceró, Juan Antonio, "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", en *Inonomía*, No. 39, octubre de 2013, pp. 185-213.
- GONZÁLEZ Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, Año XXXVIII, No. 113, mayo-agosto, 2005.

SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos*, Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional, Núm .43, julio-diciembre, 2020.

SCHAUER, Frederick, *La categorización en el derecho y en el mundo*, DOXA, cuadernos de filosofía del derecho, No. 28, 2005.

VAUGHN, Lea B., *A need for clarity: toward a new standard for preliminary injunctions*, Oregon Law Review, 69-839, 1990.

SENTENCIAS

Edwards v A.G. of Canada, British and Irish Legal Information Institute, disponible en: https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1929/1929_86.html

En el caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920)

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

Corte IDH, Caso ANCEJUB-SUNAT vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2019.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 42/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 69, Agosto de 2019 , Tomo II, página 1252.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 367/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, Septiembre de 2018 , Tomo I, página 809.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 3/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 17

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 12/90, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 37.

Contradicción de tesis 1/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, noviembre de 2017, Libro 48, Tomo III, página 1575.

Contradicción de tesis 1/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, septiembre de 2017, Libro 46, Tomo II, página 1578.

Primera sala de la suprema corte sentencia de la contradicción de tesis 85/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 74, enero 2020 , Tomo I, página 618.

JURISPRUDENCIA:

«SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA RESOLUCIONES QUE EN UN JUICIO ADMINISTRATIVO NIEGAN LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, POR SER AQUÉLLAS DE NATURALEZA NEGATIVA.» I.15o.A. J/2.J, 9a. Época, S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1288.

«ACTOS CONSUMADOS. SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE.» IV.3o. J/21, 9a. Época, S.J.F. y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, página: 686.

LEYES:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de amparo.

Acuerdo general número 17/2017 expresan que para confeccionar las tesis estas deben tener una estructura de regla. Véase: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acuerdo general número 17/2019, de veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve, del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el semanario judicial de la federación y en su gaceta, de las tesis que emiten la suprema corte de justicia de la nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito, Diario Oficial de la Federación, 9 de diciembre de 2019.

SITIOS DE INTERNET:

MÉXICO: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censo nacional de impartición de justicia federal 2019. Presentación de resultados generales*, (documento web), 2019,

https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnijf/2019/doc/resultados_cnijf2019.pdf

MÉXICO: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censo nacional de impartición de justicia federal 2020. Presentación de resultados generales*, (documento web), 2020, <https://www.inegi.org.mx/programas/cnijf/2020/#Tabulados>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Informe anual de labores 2019*, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/primerinformezaldivar/pdf/informe-labores-2019.pdf>