

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente

Reconocimiento de validez oficial de estudios de nivel superior según acuerdo secretarial 15018, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 1976.

Departamento de Estudios Socio-Políticos y Jurídicos Maestría en Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica



La Importancia de la Contragarantía en el Juicio de Nulidad

**TRABAJO RECEPCIONAL que para obtener el GRADO de
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA**

**Presenta: LUIS ESTEBAN CERVANTES CARRILLO
Tutora: FANY LORENA JIMÉNEZ AGUIRRE
*Tlaquepaque, Jalisco. 12 de abril de 2021***

AGRADECIMIENTOS

A Mariscela por estar siempre a mi lado y por confiar cuando nadie confiaba, sin ti no lo hubiera logrado.

A mis padres por todos sus sacrificios y su amor, me han hecho quien soy.

A mi hermana por su incondicional apoyo y cariño, mi mejor ejemplo de amor y trabajo.

A Pablo por los incontables consejos, pláticas y motivación.

A Fany por la confianza, asesoramiento y transmitirme tus conocimientos, lo logramos!

A mis colegas Julio, Alejandro, Sebastián y Alejandro, por las ideas, discusiones y apoyo en estos años.

A mis profesores por permitirme aprenderles, enriquecer mis conocimientos y cambiar mi perspectiva del derecho.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centra en el análisis de una laguna normativa en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, la cual consiste en la falta de regulación en dicho ordenamiento respecto de la figura jurídica de la contragarantía dentro del juicio de nulidad, omisión a través de la cual se han originado en ciertos casos prácticas ilícitas y conductas indebidas.

En ese sentido el objetivo del presente trabajo, se centra en demostrar y justificar jurídicamente las razones por las cuales se considera que, a pesar de no encontrarse debidamente regulada dicha figura en la legislación, la aplicación de la misma es no solo posible, sino que es necesaria y justifico las razones por las cuales debe ser incluida en la legislación estatal en estudio.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares, contragarantía, suspensión del acto reclamado, juicio de nulidad, fianza, contrafianza, garantía, supletoriedad, control de convencionalidad ex officio

ÍNDICE:

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | CAPITULO 1. JUSTIFICACIÓN | |
| 1.1 | Introducción..... | 5 |
| 1.2 | Objetivo general de la investigación..... | 7 |
| 1.3 | Objetivos específicos..... | 8 |
| 1.4 | Preguntas de investigación..... | 9 |
| 1.5 | Hipótesis..... | 10 |
| 1.6 | Metodología..... | 11 |
| 1.7 | Resultados pretendidos..... | 12 |
| II. | CAPÍTULO 2. PREÁMBULO DE LA INVESTIGACIÓN | |
| 2.1 | Problemática..... | 13 |
| 2.2 | De la medida cautelar..... | 15 |
| 2.3 | Antecedentes e influencia de las figuras de la suspensión respecto De la fianza y la contrafianza | 19 |
| 2.4 | Antecedentes relevantes en el derecho romano..... | 20 |
| 2.5 | Figuras y antecedentes relevantes del derecho inglés y del estadounidense..... | 22 |
| 2.6 | Figuras y antecedentes relevantes en el derecho español..... | 24 |
| 2.7 | Antecedentes en la legislación mexicana de las medidas cautelares..... | 26 |
| 2.8 | De las medidas cautelares y la fianza que se aplican en el juicio de Nulidad en materia administrativa en el estado de Jalisco..... | 31 |
| III. | CAPÍTULO 3. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN | |
| 3.1 | De la contragarantía..... | 38 |
| 3.2 | De los argumentos vertidos en las resoluciones judiciales del Tribunal de justicia administrativa del estado de Jalisco..... | 40 |
| 3.3 | De la inaplicación de la Jurisprudencia 2a./J. 94/2011. | 43 |
| 3.4 | Del Ejercicio del control difuso del Pacto Federal..... | 48 |
| 3.5 | Respecto de la solicitud elevada al órgano jurisdiccional..... | 56 |
| 3.6 | De la Respuesta del órgano Jurisdiccional..... | 60 |
| IV. | CAPITULO 4. CONCLUSIONES..... | 69 |
| V. | BIBLIOGRAFÍA..... | 74 |

CAPITULO 1. JUSTIFICACIÓN

1.1 INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación consiste en analizar y describir el hallazgo de una laguna normativa en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, la cual entre otras cuestiones ha sido aprovechada por particulares para obtener beneficios procesales indebidos, en ocasiones incluso, en contumacia con funcionarios públicos y operadores jurídicos.

La laguna u omisión a que se hace referencia consiste en la falta de regulación en la ley adjetiva estatal respecto de la figura jurídica de la contragarantía *-también llamada contrafianza-*, que a grandes rasgos consiste en la caución que un tercero puede exhibir una vez que se surten las hipótesis de ley correspondientes, para dejar sin efectos una suspensión originalmente decretada por un juzgador, elemento que como observaremos constituye uno de los factores de equilibrio para el correcto funcionamiento de la suspensión del acto reclamado (Poder Judicial de la Federación, 2009, pp. 271-273).

Tal hallazgo no es para nada novedoso, pues la omisión materia del presente trabajo de investigación data del año 1999, fecha en que la ley adjetiva materia de la investigación fue promulgada en sustitución de una anterior y la cual, a pesar de haber sufrido diversas reformas en su texto a lo largo de los años, no ha visto corregido ni subsanado el yerro legislativo respecto de la institución jurídica en estudio¹.

¹ Concretamente diecisiete modificaciones sustanciales desde su promulgación, esto según los datos e información recopilada en el Periódico Oficial del Estado de Jalisco, así como del Sistema de Consulta de Ordenamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En ese sentido mediante el presente estudio explicó las razones por las cuales considero que, a pesar de no encontrarse debidamente regulada en la legislación, la aplicación de dicha figura es no solo posible, sino que es necesaria y justifico el por qué debe ser incluida en la legislación estatal en estudio.

Entre las problemáticas sociales que impulsan al suscrito para emprender la presente investigación, destaca la de la sobreutilización de la figura de las medidas cautelares y de la suspensión del acto impugnado en los procedimientos judiciales, las cuales lejos de ser empleadas acorde a su fin *-como medios de defensa cautelar-*, son empleadas en ocasiones para llevar a cabo fines ilegítimos, ya que una vez obtenida por particulares la medida preventiva en cuestión, estos utilizan diversas tácticas y recursos jurídicos *-y no jurídicos-* para extender por meses e incluso por años su vigencia (Gomez, 2019). Por lo que ve a la legislación en materia administrativa, los particulares se han beneficiado de que en la entidad no se encuentre previsto un contrapeso procesal oportuno para contrarrestar el dictado de medidas cautelares que afectan los derechos de terceros, como lo es la figura jurídica de la contragarantía.

Y si bien no podemos señalar que esta situación se dé únicamente en el Estado de Jalisco ya que se da en todo el país e incluso a nivel federal, la notable diferencia es que en las diversas legislaciones aplicables de otros estados, si se encuentra previsto que tratándose de procedimientos en donde pueden verse afectados los intereses de terceros con motivo del otorgamiento de medidas cautelares, existen contrapesos procesales que permiten caucionar la responsabilidad que se pudiera causar ante eventuales daños y poder en su caso combatir oportunamente el otorgamiento de medidas cautelares emitidas de forma indebida².

²Dicha figura jurídica se encuentra contemplada en treinta de treinta y dos legislaciones estatales, sin encontrarse incluida en los ordenamientos correspondientes de los Estados de Jalisco y de Tlaxcala, tal y como puede apreciarse de la Tabla que se adjunta como ANEXO 1.

Se aporta para efecto de robustecer la investigación un poco de contexto histórico respecto de las figuras jurídicas que anteceden a las diversas en estudio, a saber, las de las medidas cautelares en general, el de la suspensión del acto, así como el de la fianza en distintos contextos temporales, lo cual nos proporciona en complemento con el estudio y metodología empleados, de los elementos informativos suficientes que soportan y justifican la aplicación de la contragarantía en la legislación estatal.

Corolario de lo anterior, el problema a resolver consiste en demostrar y justificar jurídicamente, que a pesar de no encontrarse expresamente prevista la aplicación de una figura legal en un ordenamiento, esta puede ser aplicada a través de diversos mecanismos legales y que incluso la misma deviene necesaria para erradicar ciertas prácticas ilegítimas que se suscitan al tramitarse juicios de nulidad en la entidad; incluso el suscrito sostengo que no obstante que existen órganos judiciales que aseguran que dicha figura es inaplicable en la entidad, como se demostrará, dicha línea argumentativa resulta ser incorrecta a la luz de la reforma constitucional del año 2011, pues como se observará no existe realmente un obstáculo jurídico para la aplicación e inclusión de dicha institución procesal en los juicios de nulidad en materia administrativa en nuestro Estado.

1.2 OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

Analizar la regulación que rodea la figura del otorgamiento de las medidas cautelares en el juicio de nulidad en el Estado de Jalisco, evidenciando la existencia de una laguna legal en la Ley de Justicia Administrativa, consistente en la falta de previsión de un contrapeso efectivo para dejar sin efecto mediante una caución, una suspensión primigeniamente garantizada; omisión que en ciertos casos propicia la sobre explotación de la figura de la

suspensión del acto reclamado en los juicios de la entidad, e incluso la comisión de ilícitos como lo es el de extorsión a particulares o el de fraude de ley³.

Proponer una línea argumentativa en la cual se demuestre que, partiendo del estudio de los principios de igualdad de las partes en el proceso (*que todos los que participan en un procedimiento, tengan las mismas oportunidades de actuación dentro del mismo*), de proporcionalidad (*el cual establece una prohibición de arbitrariedad en las actuaciones [Sanchez, 2009]*) y razonabilidad, es necesaria y procedente la aplicación de la institución jurídica en estudio al tramitarse los juicios de nulidad en la entidad, sin importar que la misma no se encuentra expresamente legislada en el ordenamiento aplicable.

1.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir los antecedentes históricos y el estado actual de la legislación en materia de otorgamiento de medidas cautelares y fijación de garantías, por lo que ve a la materia administrativa en el Estado de Jalisco.
2. Analizar la institución de la contragarantía y su importancia como medio para equilibrar procesalmente cuando así procede, la tramitación del juicio de nulidad cuando se dictan medidas cautelares en favor de particulares que pueden ocasionar daños y perjuicios a terceros.
3. Demostrar el hallazgo del vacío legal que supone la no inclusión de la contragarantía en el juicio de nulidad en el Estado de Jalisco, no obstante que acorde al principio de igualdad procesal esta resulta ser aplicable en muchos casos, cuando se cumple con los requisitos de procedencia correspondientes.

³Termino propuesto por los juristas Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza Rodríguez (2000), el cual sostiene, opera cuando en un principio la figura o caso en concreto pudiera parecer jurídicamente permitido -al no encontrarse prohibido por alguna ley u ordenamiento-, sin embargo, una vez considerados todos los elementos y factores que lo rodean, debe pasar a ser prohibido dada su naturaleza.

4. Examinar los argumentos empleados actualmente en la práctica por los operadores jurídicos para negar indiscriminadamente la procedencia y aplicación de la figura de la contragarantía en los juicios de nulidad, demostrando que atendiendo al ejercicio del control difuso del Pacto Federal y la aplicación del control convencional *ex officio*⁴, su aplicación es totalmente compatible en los juicios de nulidad en la entidad.
5. Justificar la necesidad de modificar el contenido de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco para incluir la figura jurídica en comento, de modo que cuando así proceda, las personas puedan verse beneficiadas por las normas más protectoras y vanguardistas sin importar su naturaleza local o federal.

1.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- ¿Por qué se estima necesaria la inclusión de la figura de la contragarantía como un contrapeso para los casos en los que se concede indebidamente la suspensión o en juicios en los que, concediéndose medidas cautelares, pueden verse afectados los derechos de terceros?
- ¿Actualmente en los juicios de nulidad en materia administrativa en el Estado de Jalisco, es jurídicamente aplicable la figura de la contragarantía?

⁴Entendida esta figura para los efectos de la presente investigación, en los términos expuestos por la Primera Sala de la Suprema Corte al emitir la jurisprudencia 1a./J. 18/2012 (10a.), cuyo rubro establece: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011); la cual a grandes rasgos refiere, que el control de constitucionalidad y convencionalidad lo pueden hacer por virtud de su cargo los Jueces, aun cuando no sean Jueces de control constitucional e incluso sin existir una solicitud expresa de las partes, esto cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, aun cuando no haya sido impugnada "porque con su ejercicio oficioso se garantiza la prevalencia de los derechos humanos frente a las normas ordinarias que los contravenga" (2012).

- ¿De qué forma mitigaría la implementación de la figura jurídica de la contragarantía, el uso indebido de las medidas cautelares en juicios en materia administrativa en el Estado de Jalisco?

1.5 HIPÓTESIS

Mediante la presente investigación sostengo que a pesar de que la figura jurídica de la contragarantía en los juicios de nulidad en el Estado de Jalisco, no se encuentra expresamente contemplada en la Ley de Justicia Administrativa Jalisciense, la misma resulta ser aplicable tanto en los casos en los que pueden verse afectados los derechos de terceros a raíz del dictado de una suspensión, como en aquellos en los que indebidamente se conceden dichas medidas cautelares a particulares.

Refiero también que por el simple hecho de que una figura jurídica no se encuentre exacta y puntualmente delimitada en un ordenamiento, no por ello debe de dejarse de impartir justicia al respecto, pues es evidente que no todos los supuestos jurídicos pueden encontrarse expresamente contemplados en las leyes, sino que lo que procede es que la práctica judicial se realice a la luz tanto de los principios sustantivos que rigen la práctica del derecho, como acorde a lo previsto en la Constitución y tratados internacionales suscritos, precisamente para colmar argumentativamente esos vacíos.

En ese sentido defiendo que es necesario que la práctica judicial se realice a partir de diversos mecanismos interpretativos como lo son los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e igualdad procesal, para así lograr que quienes deban acudir a instancias jurisdiccionales dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente en cuanto al tema de las medidas cautelares, equilibrando la balanza jurídica en los asuntos de dicha materia, contribuyendo así a la reducción de casos en los cuales se utiliza esta figura jurídica para beneficiarse indebidamente.

1.6 METODOLOGÍA

Para lograr los objetivos planteados en el presente trabajo, se pretenden realizar las siguientes acciones:

- Realizar un análisis de los antecedentes, figuras jurídicas y legislaciones que se consideran relevantes y que se estima, brindan el contexto histórico y jurídico necesario para justificar la importancia de la implementación de la contragarantía en los juicios de nulidad en materia administrativa.
- Búsqueda y rastreo de juicios en donde se hayan tanto otorgado medidas cautelares y suspensiones que se estiman excesivas e indebidas en favor de particulares, a la luz de los principios de proporcionalidad y equidad entre las partes, así como de aquellos en donde se haya solicitado por terceros, la implementación y aplicación de la figura jurídica de la contragarantía, valorando la argumentación respecto de su procedencia o improcedencia.
- Exposición y justificación de las razones por las cuales se considera que si procede la aplicación de la figura jurídica de la contragarantía en la legislación estatal mediante el ejercicio del control difuso y convencional *ex officio*, partiendo de la premisa de igualdad procesal de las partes, independientemente de que dicha figura no exista como tal en la Legislación.
- Justificación de la necesidad de la inclusión de la figura en cuestión, a través de una reforma a la Ley.

1.7 RESULTADOS PRETENDIDOS

Con la presente investigación se pretende obtener mediante el uso de las herramientas de análisis y argumentativas obtenidas durante el presente posgrado, un reporte de investigación con el cual se pueda demostrar que es material y jurídicamente viable la implementación y uso de una figura jurídica no prevista en la legislación en materia administrativa de nuestro estado, y que con la inclusión de dicha figura en la ley es posible, sino eliminar, si mitigar en gran medida el uso indebido de una institución procesal como lo es la de la suspensión en los juicios de nulidad, en aras de salvaguardar el equilibrio procesal de las partes en un juicio.

De igual forma se pretende que el presente trabajo, pueda fungir como antecedente directo y completo de una más que necesaria reforma a la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, lo que a la postre sostengo, tendrá un impacto positivo en la justicia estatal⁵.

⁵*Esto se pretende realizar mediante el contacto con legisladores, para que sean estos lo que den el impulso necesario y que el producto de este trabajo efectivamente tenga el impacto positivo deseado.*

CAPÍTULO 2. PREÁMBULO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN

Acorde a lo que establece el artículo 65 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, tenemos que el Tribunal de Justicia Administrativa de la Entidad, como organismo público autónomo, tiene como uno de sus principales objetivos el de dirimir conforme a derecho las controversias de naturaleza administrativa que se suscitan entre los particulares y las autoridades del Estado (Congreso del Estado de Jalisco, 1983).

Como Ley Adjetiva y brújula del actuar de dicho ente, se expidió hace más de veinte años la hoy vigente Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, ordenamiento de orden público que regula la tramitación del juicio en de nulidad en materia administrativa.

Respecto a lo anterior tenemos que, si bien se han realizado esfuerzos por parte de los legisladores jaliscienses para mantener armonizado y a la vanguardia el ordenamiento en cuestión, mayormente cierto resulta ser que dicha labor reformativa no ha sido la óptima y ha resultado insuficiente en materia del dictado de medidas cautelares, para poder dotar adecuadamente a las partes que intervienen en el juicio de la seguridad jurídica y del equilibrio procesal que dichos procedimientos requieren, pues como sucede con muchas legislaciones los cambios al respecto se han centrado en la forma y no en el fondo.

Es precisamente en torno a esto, que gira la cuestión que se plantea mediante el presente trabajo de investigación, pues se ha identificado en términos de la definición que emplea Juan Ruiz Manero, una laguna normativa en el ordenamiento que tutela los

derechos de los gobernados frente a las autoridades(Manero & Schmill, 2017)⁶, situación que entre otras cuestiones ha permitido que al tramitarse el juicio administrativo, se lleven a cabo claros abusos de la figura jurídica de la medida cautelar en favor de particulares para la obtención de beneficios procesales indebidos en detrimento de terceros.

Entre los “abusos” que se identifican esencialmente se encuentran desde el entorpecimiento e incorrecto desarrollo de juicios y procedimientos, como el del otorgamiento de medidas cautelares y suspensiones de naturaleza excesiva, prolongada o que desde un inicio no reúne los extremos de ley para su otorgamiento, mediante las cuales se permite la realización de conductas que ordinariamente no podrían llevarse a cabo, y que incluso pudieran considerarse ilícitas⁷.

Incluso actualmente tenemos que muchos particulares acuden ante la instancia judicial en materia administrativa sin intención de alcanzar una sentencia favorable, sino con la sola intención de que les sea otorgada una medida cautelar y una vez obtenida esta, utilizando las tácticas y recursos jurídicos (y no jurídicos) antes referidos, extienden por meses e incluso por años la duración de la medida, aprovechando que no existe precisamente un contrapeso procesal oportuno y eficaz para contrarrestarla.

En ese sentido, mediante esta investigación se propone realizar un análisis evaluativo completo de la figura en cuestión, de sus antecedentes, de su importancia y de las consecuencias de que ésta no se encuentre incluida en la legislación actual, así como el

⁶*Surtiéndose la hipótesis legal de las lagunas normativas cuando un sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa; y cuando el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”.*

⁷*Por citar algunos ejemplos, en los últimos años se han publicado diversos reportajes de casos en los que se llevan a cabo construcciones sin haberse obtenido los permisos correspondientes, pero que se cuenta con medidas cautelares para tal efecto, como es el caso de la denominada “Presa Anzaldo” en la Ciudad de México, o el de las “Torres San Rafael” en el Estado de Jalisco.*

de una posible solución que mitigue o que pueda contribuir a la eliminación de tan indeseables prácticas en el ámbito judicial, las cuales han subsistido precisamente por los beneficios procesales que generan a quienes las emplean de manera indebida, incluso se tiene la firme convicción de que es precisamente en atención a dichos beneficios indebidos que brinda, que a la fecha no se ha visto reformada.

Así, tenemos que entre las problemáticas con que nos encontramos en el presente trabajo, se encuentran desde la pluralidad de puntos de vista de carácter jurídico de quienes se encargan de la impartición de justicia (*llámese secretarios, jueces y magistrados*), como el de la escasa información que existe a raíz de la falta de denuncia y de documentación de quienes se han visto afectados, tanto por el incorrecto uso de las medidas cautelares, como el de la falta de un contrapeso que privilegie la igualdad procesal al respecto.

Es por ello que se realiza una investigación minuciosa respecto de la pertinencia de la implementación de una figura jurídica como la de la contragarantía, en la cual se toman en consideración distintas fuentes como lo son legislaciones de otros estados, precedentes judiciales y puntos de vista de actores importantes en el Estado para sustentar la investigación.

2.2 DE LA MEDIDA CAUTELAR

A manera de preámbulo y previo a entrar al fondo del estudio del contexto histórico y de la demostración de la existencia de la laguna normativa en estudio, resulta preciso resolver una interrogante clave para los efectos de este trabajo, ¿Qué es una medida cautelar y para que se utiliza?

De las muchas definiciones que existen al respecto, la que se estima más adecuada para los términos de la presente investigación, establece a grandes rasgos que las medidas cautelares son aquellos instrumentos procesales que puede decretar un juzgador tanto para conservar la materia del litigio, como para evitar que se cause un daño grave e irreparable a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso judicial (Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 155).

Del término citado podemos observar que la existencia y justificación de las medidas cautelares nace con la intención de prever de manera expedita el peligro de un daño de naturaleza jurídica, el cual en ocasiones se origina a causa del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva; es decir, en palabras del Jurista Piero Calamandrei: “nacen con la intención de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito” (1945, pp. 36-45), esto sin importar que al final dichas “providencias” pudieran resultar innecesarias o incluso infundadas, pues en muchas ocasiones lo que acontece es que los efectos de un acto violatorio se ejecutan y una vez finalizado el juicio en definitiva después de mucho tiempo en disputa en el cual no se dictó una medida de este calado, la situación a proteger ya no existe, actualizándose el adagio jurídico que establece que justicia demorada, es justicia denegada.

Respecto a lo anterior tampoco podemos ignorar que tratándose de nuestro país, la administración de justicia suele ser deficiente y para efecto de resolver en definitiva un litigio, suelen existir rezagos importantes (en todas las materias) incluso de años; lo anterior obedece a un sinnúmero de aspectos de entre los cuales destacan la corrupción, el número de tribunales en comparación con el número de habitantes, la efectividad judicial, entre muchos otros; incluso según métricas consultadas en la materia, México está situado entre los últimos lugares en cuanto a las resoluciones en definitiva de asuntos de naturaleza civil, concretamente en el escaño 113 de 126 según el índice de Estado de Derecho del año 2019 realizado por la organización World Justice Project

(2019). Todo esto no puede sino poner de relieve la importancia de la existencia de las medidas cautelares y de que estas sean aplicadas conforme a derecho.

Habiendo quedada clara la importancia de las medidas cautelares, resulta igualmente crucial, reconocer como es que estas se clasifican a grandes rasgos.

Las medidas cautelares según la clasificación civil supletoria a la administrativa, se catalogan en: i) conservativas, que como su nombre lo dice, se emplean para mantener las cosas en el estado que guardan o dado el caso, para modificar este estado para situarlo en aquel que guardaba previo al inicio del procedimiento, ii) personales y reales, que recaen sobre las personas o sus bienes y, iii) nominadas e innominadas, según la medida específica que deba dictarse por el juzgador para asegurar las condiciones necesarias y garantizar la existencia de la materia hasta el dictado del fallo definitivo (Ovalle, 2013, p. 33).

Por mencionar algunos ejemplos de medidas cautelares que pueden dictarse en los distintos tipos de juicios, podríamos citar en materia familiar, aquellas medidas que se dictan para separar provisionalmente a los cónyuges previo a dictarse la sentencia que declare el divorcio⁸; en materia mercantil podríamos hablar de las medidas que se dictan respecto a la retención de bienes y embargo precautorio de estos a favor del acreedor, tratándose de bienes de un deudor⁹; e incluso podríamos hablar en materia penal de la figura del arraigo de una persona respecto de la cual se tiene el temor fundado de que esta pueda ocultarse de la justicia.

⁸Artículo 407 del Código Civil del Estado de Jalisco: “Mientras se decreta el divorcio, el juez autorizara la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictara las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos”.

⁹Artículo 1170 del Código de Comercio: “Las providencias precautorias establecidas por este Código podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo: en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio.

En materia administrativa de manera concreta podemos hablar desde medidas encaminadas a retirar de circulación productos por razones de higiene hasta de aquellas que se solicitan para salvaguardar un derecho que se estima pudiera ser violentado por una autoridad; al respecto debe señalarse que cuando se otorga este tipo de medidas, en virtud de su naturaleza no necesitan ser garantizadas cantidades de ninguna forma pues no existen terceros que pudieran ver sus derechos afectados (Semanao Judicial de la Federaci3n, 1994)¹⁰.

Por otro lado, tambi3n pueden existir solicitudes de medidas cautelares cuyo efecto va encaminado a dejar temporalmente sin efectos actos, que pudieran haber sido emitidos por una autoridad en favor de terceros, y que una vez suspendida su temporalidad o vigencia, podr3an ocasionarle graves da1os y perjuicios a dichos terceros (Universidad Nacional Aut3noma de M3xico, 1982, p. 155).

Es precisamente en este tipo de casos que la Ley establece que, para efecto de garantizar los posibles da1os y perjuicios que pudieran caus3rsele al tercero de no resultar procedente o fundado el juicio iniciado, debe fijarse una cantidad que sirva como cauci3n para que pudieran en su momento, resarcirse los da1os causados; a esta cantidad que se garantiza por los probables da1os y perjuicios, le llamamos garant3a o fianza.

A su vez, en ciertos ordenamientos como en la especie resulta ser la Ley de Amparo reglamentaria de los art3culos 103 y 107 de la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos, se prev3 la figura jur3dica materia de la investigaci3n, la cual prev3 la

¹⁰Se1ala la Corte en uno de los m3ltiples criterios que obran en el Semanario Judicial de la Federaci3n, concretamente el identificado con el n3mero de registro digital: 212478, cuyo rubro reza: "SUSPENSION SIN FIANZA", que la suspensi3n debe concederse sin fianza cuando, adem3s de llenarse los requisitos de la ley, no hay tercero perjudicado.

posibilidad de que una vez erogada la cantidad como fianza o garantía por la parte quejosa, el tercero que se ve afectado con el dictado de la resolución, puede también otorgar una garantía *-de mayor cuantía-*, para que reuniéndose los requisitos legales correspondientes, sea ahora este quien pueda dejar sin efectos la suspensión y garantice los daños que pudieran ocasionarse con la ejecución del acto (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2013).

2.3 ANTECEDENTES E INFLUENCIA DE LAS FIGURAS DE LA SUSPENSIÓN RESPECTO DE LA FIANZA Y LA CONTRAFIANZA

Ahora bien, para efecto de realmente entender a fondo la esencia de las figuras de las medidas cautelares, del otorgamiento la garantía, la fijación de la contragarantía y sus distintas contrapartes en las legislaciones estatales, sería necesario plasmar un vastísimo estudio, tanto de la totalidad de instituciones procesales que sirvieron como base para dar origen a dichas instituciones, como de aquellos antecedentes que influyeron en la creación de dichas figuras como hoy las conocemos. Es por ello que con la intención de ser lo más meticuloso y sucinto posible, me enfocare en los antecedentes e instituciones que considero son, los más pertinentes para entender históricamente los efectos de las figuras jurídicas en análisis que más nos interesan, que son precisamente las de la garantía para garantizar la efectividad de una medida cautelar y la de la contragarantía para contrarrestarla.

Incluso en este punto considero oportuno realizar el apunte de que considero que no existe una mejor forma de entender la trascendencia de una figura jurídica y su importancia, que analizando como es que nació y para que fue concebida e instituida, ya que de esta forma podemos entender el contexto y necesidad de la misma en el entorno actual, ya que en ocasiones existen figuras cuya existencia se desvirtúa con el paso del

tiempo, aplicándose o dejándose de aplicar, sin atender a su esencia y a los principios que le dieron origen.

Habiendo asentado lo anterior, si bien es más que evidente que las instituciones de la suspensión, de las medidas cautelares y de la contragarantía son como tal netamente mexicanas¹¹, mayormente cierto resulta ser que como figuras encaminadas a hacer justicia ante violaciones de los derechos constitucionales de las personas, estas no nacieron como tal en el derecho mexicano, sino que estas fueron evolucionando y tomando forma con el paso del tiempo, bajo la influencia de distintos órdenes jurídicos y elementos culturales *-domésticos y foráneos-*, que fueron impregnándolas como veremos, hasta formarse y adquirir la forma de las instituciones que hoy conocemos.

2.4 ANTECEDENTES RELEVANTES EN EL DERECHO ROMANO

Al encontrarse nuestro derecho fuertemente influenciado por la tradición del derecho romano, como primer antecedente de las medidas cautelares y de las figuras que la circundan, me permito traer a colación la figura del *Interdictum de homine libero exhibendo*. Esta figura, como puede descifrarse de su denominación, devenía una acción interdictal de naturaleza sumaria, similar a lo que hoy conocemos como una providencia precautoria, la cual era ejercida por el *pretor*, en favor de algún particular que hubiera sido privado de su libertad por otro ciudadano (Estrella, 1998).

La similitud e influencia que guarda esta acción para con las medidas cautelares, se ve reflejada en sus efectos, pues la misma era ejercida con la finalidad de que se restituyera

¹¹ Al igual también que la figura del juicio de amparo, que sin embargo por versar el presente trabajo únicamente respecto de las figuras ya mencionadas, no se hace mayor alusión a dicha institución jurídica que las que se plasman brevemente en la investigación.

al afectado en el goce de sus derechos violados; es decir, para que aquella persona que había ejecutado la reclusión de aquel que denominaremos afectado, “*exhibiera el cuerpo*”, como se denominó a la acción de presentar ante el pretor a la persona privada de su libertad y así dilucidar las responsabilidades correspondientes. Ahora bien, no obstante que dicha acción era puesta en marcha en contra de particulares por el confinamiento de otro particular, no puede negarse que los efectos provisionales que de esta se desprenden, guardan notoria similitud con los efectos provisionales que hoy en día vemos aplicados al otorgarse la suspensión provisional de los actos reclamados en el juicio de garantías.

Otra figura del derecho romano que el de la voz considera como un antecedente crucial para entender plenamente la naturaleza de las medidas cautelares que se peticionan en contra de actos violatorios, es la de *la Intercessio*. Esta figura constituía un instrumento de defensa al alcance de los ciudadanos, el cual era ejercido en contra de actos que se estimaban abusivos por parte de ciertas autoridades y con el cual se lograba evitar que se materializaran las consecuencias y efectos de dichos actos (Burgoa, 1998).

Respecto a las particularidades de esta figura, conviene citar al Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, ya que si bien este celebre doctrinista no consideraba *que la figura de la Intercessio* devenía en sí un antecedente directo de nuestro juicio de amparo, ya que “*dicha acción únicamente se limitaba a evitar los efectos de los actos abusivos, mas no a nulificarlos*” (Burgoa, 1998, p. 57); para efectos del presente estudio, si guarda relación con la aplicación de las medidas cautelares, pues no puede negarse que los efectos producidos por dicha acción *-al evitar la ejecución de un acto que se estimaba violatorio-*, resultan por los menos en espíritu, similares a los de la suspensión de los actos reclamados que actualmente observamos al tramitarse los juicios de amparo y de nulidad.

2.5 FIGURAS Y ANTECEDENTES RELEVANTES DEL DERECHO INGLÉS Y DEL ESTADOUNIDENSE

Si hay un sistema extranjero que haya influido en gran medida en el derecho mexicano y el cual haya sentado las bases de lo que ahora son los juicios de amparo y los de nulidad, es precisamente el derecho inglés.

Lo anterior ya que fueron precisamente los ingleses quienes, de manera vanguardista redactaron una serie de documentos históricos e instituyeron diversas figuras jurídicas que constituyen y son al día de hoy, esto en palabras del Doctor Ignacio Burgoa, en “los antecedentes más claros del régimen de protección de derechos fundamentales” (Burgoa, 1998, p.62).

Documentos como la *Magna Carta Libertatum* (o simplemente Carta Magna), mediante la cual se reconocieron derechos en contra del cobro excesivo de impuestos, de detenciones ilegales e incluso del destierro, impactaron en gran medida en lo que en nuestro país hoy vienen a ser las garantías de audiencia, de defensa previo a la ejecución de un acto privativo, de legalidad, e incluso en cierta medida en la de legalidad tributaria. Otros, como la *Petition of Rights*, estatuyeron limitantes en contra de actos arbitrarios de las autoridades, incluso del propio monarca, que entre los años 1627 y 1628 pretendía cobrar impuestos no establecidos previamente por el parlamento de ese país y encarcelar personas sin una causa justificada (Rabasa, 1984).

Pero el documento y la institución y/o procedimiento que lleva el mismo nombre, y que para efectos de este trabajo tiene una gran influencia en la figura mexicana de la suspensión del acto reclamado, es el denominado *Writ of Habeas Corpus*, pues mediante dicha acción y procedimiento, se permitía a los particulares cuestionar y combatir los efectos de una actuación arbitraria como por ejemplo un arresto, ordenándose a quién

hubiese llevado a cabo tal actuación (ya fuera un particular o una autoridad) a “presentar el cuerpo” del arrestado ante el juez competente y así dilucidar si la acción había sido arbitraria, ordenando en su caso la liberación. Es decir, esta figura se asemeja al otorgamiento de la suspensión en la mayoría de las materias como son la penal o la administrativa, la cual se concede en contra de actos que atentan contra la libertad y derechos de quien se ostenta como parte quejosa. (Castro, 1991 p. 156)

Por lo que ve al derecho Norteamericano, tenemos que los antecedentes que se estima influyeron y que se asemejan en mayor medida que los antes referidos, a la figura de nuestra suspensión y figuras que lo circundan, son los principios denominados *Writ of Habeas Corpus ad Subjiciendum* y el *Writ of Injunction*.

El primero de los referidos recursos de manera muy parecida a su contraparte inglesa, se ejercía -y se ejerce aun hoy en día-, con la intención de proteger la libertad de los ciudadanos norteamericanos en contra de detenciones ilegales y demás actos arbitrarios de autoridades. Sin embargo, lo que cambia en esta figura americana es que el *Writ of Habeas Corpus* en su vertiente *ad Subjiciendum*, tenía y tiene por objeto dilucidar de forma expedita, si al ejecutarse los actos de privación de la libertad o de derechos, se ha violado algún principio legal o alguna garantía de la persona y si este es el caso, debe no solo liberarse a la persona, sino que el procedimiento cesa; todo esto previo a emitirse un pronunciamiento respecto de la validez del acto de privación. Aquí se estima que dicha figura guarda una estrecha semejanza con los efectos de una suspensión de carácter provisional como los que actualmente se llevan a cabo en el amparo mexicano (Noriega, 1975).

Respecto de la segunda figura *Writ of Injunction*, tenemos que esta institución procesal según lo narrado por el Doctor Alfonso Noriega Cantú (1975), guarda estrecha similitud también con lo que hoy vendría a ser la suspensión temporal o provisional de los actos, e incluso él sostiene que pudo haber sido estudiada y empleada por el Jurista José Urbano

Fonseca Martínez al presentar las iniciativas y adendas tanto al Acta de Reformas, como a la Ley Orgánica de Amparo de 1852, como a los códigos de procedimientos que las precedieron.

En este recurso, el particular eleva una petición a un Juez para que este impida y suspenda la ejecución de un acto que se considera ilícito realizado ya sea por una autoridad o por un ciudadano; posteriormente el Juez, una vez valorada dicha solicitud, emite una determinación que puede ser desde una orden de restricción para frenar la ejecución del acto en cuestión -conocidas como *preventive injunction* o *restraining injunction*- o para realizar alguna acción -las llamadas *mandatory injunction*-, mismas que establecen obligaciones de hacer o no hacer; todo esto previo a decidir en una audiencia definitiva si la petición es procedente o no, pudiéndose entonces ordenar de manera definitiva una *permanent injunction*. Es precisamente en esta figura y sus distintas aristas, donde podemos observar una clara influencia en el constitucionalismo mexicano y que podemos ver reflejadas con mayor similitud en las instituciones de la suspensión provisional y definitiva dentro de un juicio, cuando un juez determina la procedencia y naturaleza de los actos cuya suspensión se solicita en un juicio constitucional. (Noriega, 1991, p. 877)

2.6 FIGURAS Y ANTECEDENTES RELEVANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por lo que ve al Derecho Español, el cual tuvo por obvias razones, gran impacto en lo que es el sistema judicial de nuestro país, resulta crucial destacar entre las tantas figuras e instituciones jurídicas, la de los llamados procesos forales aragoneses.

Los procesos a los que hago alusión tuvieron lugar en el entonces Reino de Aragón, ubicado hoy en día en el norte de España, en la provincia que lleva el mismo nombre, comunidad autónoma de Aragón. Dichos procesos estaban encaminados *lato sensu* a tutelar los derechos constitucionales de los nacionales de dicho territorio y a poner también límites a las actuaciones arbitrarias de las autoridades.

Estos procesos se tramitaban ante el llamado “Justicia de Aragón”, autoridad similar a un Juez o un Magistrado que se elegía por los ciudadanos aragoneses (Burgoa, 1998) y cuyas funciones se asemejan a las que hoy desempeña un Tribunal Constitucional o incluso un Tribunal competente en la revisión de actos de naturaleza administrativa; los procesos forales eran cuatro, y se denominaban: de firma, de aprehensión, de inventario y de manifestación.

El primero de los procesos, llamado el proceso de firma o de *Jusfirma*, guarda gran relevancia e importancia para los fines del presente trabajo, pues es precisamente al llevarse a cabo este, que observamos uno de los primeros momentos históricos en los cuales empezamos a observar la imposición de obligaciones a cargo de los solicitantes, similares a las fianzas y garantías, para garantizar el resultado de una disputa que pudiera llegar a resultarles desfavorable una vez desahogado el proceso.

El proceso de Firma no era otro que un procedimiento en el cual, el Justicia de Aragón, a petición de una parte intervenía ante una autoridad, para evitar que se ejecutara en detrimento del solicitante una sentencia condenatoria, esto una vez que el solicitante entregaba ciertos bienes en garantía para el caso de resultar improcedente el medio de defensa petitionado (Vallarta, 1881). Aquí podemos observar que, por sus características, este proceso en lo particular guarda gran parecido y viene a ser un antecedente claro de lo que hoy conocemos como la figura de la fianza o garantía al solicitarse la suspensión de los actos.

Los procesos de aprehensión y de inventario eran trámites muy similares entre sí; el primero se asemejaba a lo que hoy conocemos como la acción interdictal para retener la posesión, en la cual existiendo un conflicto que involucraba la titularidad de bienes inmuebles, el solicitante de la acción peticionaba a la autoridad la aplicación de una medida cautelar para que esta pudiera mantener en su poder el bien, hasta en tanto se dilucidaba la disputa. Y en el segundo, ante la solicitud elevada por un ciudadano, se ordenaba por la autoridad el resguardo de bienes muebles y documentación que se temía pudiera ser sustraída por terceros (Vallarta, 1881).

Por último, el proceso de manifestación procedía cuando un ciudadano era privado de su libertad por una autoridad y esta no acreditaba adecuadamente la flagrancia del delito o no le comunicaba adecuadamente al imputado el motivo de su encarcelamiento, en ese momento el Justicia de Aragón ordenaba su liberación (Vallarta, 1881. pp. 25-27); este proceso guarda gran relevancia, tanto con el *Interdictum de homine libero exhibendo* del que hablábamos en líneas precedentes, así como con la figura de la suspensión que se concede actualmente en contra actos de privación a la libertad de un quejoso.

2.7 ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE LA APLICACIÓN DE FIANZAS Y CONTRAFIANZAS

Ahora bien, si hablamos de los primeros vestigios de la implementación de medidas cautelares, no podemos sino efectuar una revisión tanto de la institución del juicio de amparo, de las primeras aplicaciones de la garantía y de la contragarantía en nuestro derecho mexicano, así como de ciertos antecedentes de las figuras citadas, como en la especie resultan ser el amparo colonial, las Leyes Constitucionales del año 1836 o el Acta de Reformas del año 1847, en cuyo texto *-concretamente en su artículo 25-* se estableció

por primera ocasión que los Tribunales de la Federación ampararían a cualquier habitante, contra todo ataque de las autoridades que se estimara ilegal, impartiendo su protección sin realizar declaración general alguna respecto del acto que lo motivare (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000).

Sin embargo, para efectos de lo por este trabajo pretendido, nos centraremos en las que a continuación se citan.

La Ley de Amparo del año 1869; esta fue la primera Ley de Amparo con este nombre, segunda en la práctica si tomamos en consideración que, en la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación del año 1861 se comenzaron a emplear términos jurídicos como el del propio amparo o la suspensión de acto reclamado como tales (Trueba, 1975). En la primera de las mencionadas se comenzaron a sentar las reglas y bases de la figura de la suspensión como hoy la conocemos, al instaurarse tramites procesales como la rendición del informe previo por parte de la autoridad donde esta reconocía o negaba la existencia de los actos reclamados por el quejoso, o la valoración de la urgencia notoria por parte del juzgador para conceder o negar de manera inmediata la suspensión; estas figuras serían perfeccionadas al emitirse posteriores Leyes de Amparo, sin embargo para lo que nos incumbe son claras antecesoras tanto de la suspensión de oficio prevista por los artículos 125 y 126 de la actual legislación de amparo, así como del principio del peligro en la demora (*periculum in mora*), mismo que en conjunto con la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) deben cumplirse para que sea concedida una medida cautelar por un juzgador (Garcia, 2015).

En ese mismo orden de ideas, tenemos que el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, guarda una mayúscula importancia para los fines de la presente investigación, pues fue precisamente en este Código donde se previó comenzó a emplear la figura

jurídica-procesal que es el núcleo del presente trabajo, la fianza¹² (Congreso de la Unión, 1908).

Como bien sabemos el juicio de amparo pasó a ser regulado por el Código Federal de Procedimientos Civiles a partir del año 1897, esto por diversas circunstancias históricas como entre las que se encuentran el aumento en el número de juicios de garantías que se interponían en aquellos años, así como por una necesidad de ubicar al juicio de amparo en su correcta dimensión jurídica, no como un mero recurso, sino como un juicio como así lo establecía en aquel momento la Constitución (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999). Fue así que en 1908 y al encontrarse el juicio de garantías en constante evolución, se promulgó el Código de Procedimientos Civiles que vino a abrogar el diverso de 1897.

En ese orden de ideas, en el Código de Procedimientos del año 1908, concretamente en los artículos 711 y 712, se legisló por primera vez la posibilidad de suspender la ejecución de un acto reclamado, incluso cuando esta determinación pudiera llegar a afectar los intereses de alguna persona ajena al procedimiento, esto siempre y cuando el ciudadano quejoso que hubiera solicitado dicha suspensión, garantizara de forma suficiente mediante una cantidad o fianza, los efectos adversos que pudieran serle causados al referido tercero con dicho otorgamiento (*suspensión bajo fianza*). A su vez y en un ánimo de respetar la equidad y la justicia procesal, el legislador plasmó de forma breve en la parte final del numeral 712 la posibilidad de que el tercero afectado podía a su vez, aportar una diversa fianza para anular los efectos de la concedida en primer término (Congreso de la Unión, 1908)¹³.

¹²Artículo 711 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908: *“La suspensión debe concederse siempre que lo pida el agraviado, en los casos en que sin seguirse por ello daño perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero, sean de difícil reparación los que se causen al mismo agraviado con la ejecución del acto, Aunque la suspensión pueda producir algún perjuicio a un tercero; el juez y la Suprema Corte (te Justicia, en grado, tendrán facultad de concederla, si el que la pide da fianza de reparar ese perjuicio.*

¹³Artículo 712 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908: *“La suspensión bajo de fianza a que se refiere el artículo anterior (711), cuando no se trata de asunto del orden penal, quedará sin efecto si el*

Así pues, transcurridos los años se promulgaron la Constitución Federal de 1917 y la Ley de Amparo del año 1919, legislaciones que vinieron a traer cambios sustanciales en la forma en que se tramitaba el Juicio de Amparo; entre dichos cambios destacan la diferenciación de las vías de procedencia del amparo (*directa e indirecta*), ya que en virtud de dichas modificaciones el amparo y las figuras que lo rodeaban comenzaron a tomar distintos matices y particularidades atendiendo a su finalidad y vía.

Fue precisamente en la antes referida Ley de Amparo del año 1919, que se instituyó por primera vez en su artículo 51, el vocablo “contragarantía”¹⁴ para referirse precisamente a la figura procesal que se empleaba para dejar sin efectos una suspensión dictada y garantizada por el quejoso, la cual podía fijarse siempre y cuando se reunieran ciertos requisitos procedimentales, como en la especie resultan ser el que no se afectara el interés de la sociedad con dicha determinación o que al dejarse sin efectos la medida cautelar dictada y garantizada, no quedara sin materia el juicio de amparo en perjuicio del quejoso (Congreso de la Unión, 1919).

Estas figuras *-las de la fianza y contrafianza-*, como sucede con muchas otras instituciones jurídicas, fueron evolucionando y corrigiéndose a lo largo de los años en cuanto a su aplicación mediante la emisión de diversos criterios por nuestros más altos tribunales y las cuales se vieron reflejadas en las dos posteriores reformas, la del año 1936 y la actualmente vigente que data del año 2013, en la cual ambas figuras se encuentran legisladas en los artículos del 132 al 137.

tercero da a su vez fianza bastante de restituir las cosas al estado que guardaban antes ,de la violación de garantías y de pagar los daños y perjuicios que sobrevengan por no haberse suspendido el acto red amado. Además de esta fianza, dicho tercero deberá indemnizar previamente el costo del otorgamiento de la fianza dada por el quejoso.

¹⁴Artículo 51 de la Ley de Amparo de 1919: “...La suspensión dejara de surtir sus efectos si el colitigante diere contrafianza que asegure la reposición de las cosas al estado que guardaba antes de la violación de garantías, si se concediese el amparo, y al pago de los daños y perjuicios que sobrevengan por la no suspensión del acto reclamado...”

Ahora bien, por lo que ve a los ordenamientos en materia administrativa, tanto federal como en el Estado de Jalisco, no fue sino hasta el año 1983 que se implementó el procedimiento contencioso administrativo como hoy lo conocemos, y en cuyos correspondientes ordenamientos (Código Fiscal de la Federación del año 1981 a nivel federal, y la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo para el Estado de Jalisco del año 1983) podemos observar, concretamente en sus exposiciones de motivos, que existía una necesidad que imperaba en aquel tiempo, la cual aún prevalece, de contar con órganos autónomos ante los cuales se pudiera acudir cuando se llevaran a cabo actos por parte de las autoridades administrativas que vulneraran la esfera jurídica del gobernado, ya no solo en materia fiscal, como en un tiempo lo fue, sino en todos los órdenes .

En cuanto a la tramitación del juicio contencioso federal, en el Código Fiscal de la Federación del año 1981 que resultaba en ese momento ser aplicable, tenemos que no se preveía como tal la figura de la suspensión de los actos que se buscaban impugnar, sino que únicamente se preveía la posibilidad de garantizar el interés fiscal con la intención de interrumpir el procedimiento administrativo de ejecución, ya que la tramitación de dicho juicio se enfocaba más a cuestiones hacendarias, que a diversas de carácter meramente administrativas(Congreso de la Unión, 1983).¹⁵.

Por lo que ve a la diversa Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo del año 1983, en los artículos 56, 57 y 58 se previó por primera vez en el Estado de Jalisco, tanto la posibilidad de suspender un acto impugnado para efecto de mantener las cosas en el estado que guardaban, como el de fijar una cantidad para efecto de garantizar la reparación de daños o perjuicios que se pudieran causar a terceros con el otorgamiento de dicha suspensión del acto; sin embargo en dicho ordenamiento no se estipuló la

¹⁵Concretamente en los artículos 74 y 141 de dicho Código, mismo que preveía la posibilidad de suspender el procedimiento administrativo de ejecución y las formas de garantizar el interés fiscal para tal efecto.

posibilidad de que el tercero que a su vez pudiera verse afectado con la inicial concesión de la medida cautelar, pudiera otorgar una diversa garantía o caución para que de resultar procedente acorde a los requisitos procesales, pudiera dejar de surtir sus efectos la suspensión primigeniamente dictada (*como si lo preveía por ejemplo la Ley de Amparo vigente en dicho año*).

Es precisamente aquí donde comienza a gestarse la problemática que se toca con el presente trabajo y la cual, como ya se adelantó no ha sido subsanada por el legislador durante todos estos años, puesto que, si bien el juicio de nulidad se ha ido desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo existiendo incluso numerosas reformas al ordenamiento, respecto a ciertos temas ha permanecido inmutado, siendo precisamente uno de esos temas el que versa respecto de la medida cautelar.

2.8 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA FIANZA EN EL JUICIO DE NULIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DE JALISCO

Como hemos observado a lo largo del presente trabajo, el espíritu de la institución de la medida cautelar y su importancia en los procedimientos jurisdiccionales administrativos radica en su prontitud e inmediatez para proteger los intereses de quienes se ven afectados por actos de autoridad, incluso Jose Chioyenda (1980, p. 279) sostiene que su naturaleza cautelar se justifica incluso antes de que el derecho cautelado o asegurado realmente exista.

Sin embargo, como ya se adelantó en líneas anteriores, no obstante su importancia histórica como medio activo para defender los intereses de quien se pudiera ver

afectado, en los últimos años ha sido notorio el mal uso que se le ha dado a dicha institución por parte de particulares e incluso de autoridades.

No abundare mucho en cuanto al manejo desleal de esta honorable institución, pues a pesar de que se encuentran perfectamente documentados múltiples casos en los que se ha realizado un manejo desleal de dicha institución en múltiples materias, el propósito del presente trabajo no es de naturaleza punitiva ni de señalamiento, sino que se encuentra encaminado a mejorar argumentativamente la labor jurisdiccional a pesar de estas circunstancias.

Entre las practicas más recurrentes se encuentran aquellas encaminadas a entorpecer y evitar el correcto desarrollo y conclusión de juicios y procedimientos, otras se encuentran dirigidas a buscar la obtención de ventajas indebidas en procedimientos con fines desleales como tomar el control temporal de empresas. Tratándose de materia urbana e inmobiliaria, en el último lustro han salido a la luz decenas de estos casos, en donde particulares utilizando de manera indebida las medidas cautelares, han logrado entorpecer procedimientos, extorsionar a constructores e incluso lograr la evasión del cumplimiento de obligaciones en perjuicio de particulares (Informador, 2019).

En estos casos el común denominador, suele ser el otorgamiento de medidas cautelares en los cuales se fijan fianzas o garantías ínfimas para lograr su efectividad y en los cuales existen terceros perjudicados quienes, al no existir los contrapesos expeditos legales - *como si existe en otras legislaciones*-, se han visto imposibilitados para defenderse correctamente ante la falta de herramientas jurídicas para combatir dichas resoluciones de forma pronta, teniendo que recurrir a recursos o amparos cuya resolución puede llegar a durar meses, sino es que años.

De ahí que haya nacido la inquietud del suscrito por analizar uno de los tantos problemas que aquejan a esta noble profesión en nuestro país, que es precisamente el del uso indebido de la figura de las medidas cautelares y de la suspensión en los juicios en materia administrativa.

Entrando al núcleo duro de la presente investigación tenemos que actualmente la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Jalisco vigente en el Capítulo IX denominado “De las medidas cautelares” se compone de cinco artículos que van del 66 al 70, los cuales si bien se estiman adecuadamente legislados en cuanto a la materia de la suspensión (medida cautelar) y sus particularidades, a simple vista podemos observar que tratándose del tema del otorgamiento de la garantía que debe otorgar el actor para efectos de reparar daños o indemnizar los perjuicios que pudieran causarse a algún tercero, el legislador se limita a “tocar” el tema en un solo párrafo sin analizar de mayor manera los elementos de dicha figura; esto puede observarse del contenido de dichos artículos, mismos que aquí se reproducen:

*CAPITULO IX
De las Medidas Cautelares*

Artículo 66. La suspensión de la resolución o del acto administrativo, podrá concederse de oficio, en el mismo auto en que admita la demanda, cuando el acto o resolución impugnado, de llegar a consumarse, dificultaría restituir al particular en el goce de su derecho. El auto que decrete la suspensión debe notificarse sin demora a la autoridad demandada, para su cumplimiento.

Artículo 67. Además de los casos a que alude el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que lo solicite el particular actor;*
- II. Que el solicitante demuestre su interés jurídico;*
- III. Que, de concederse la suspensión, no se siga perjuicio a un evidente interés social o se contravengan disposiciones de orden público.*

Se considerará, entre otros casos, que sí se siguen tales perjuicios o se realizan tales contravenciones cuando, de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción o el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bienes de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el estado, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen a la persona; y

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

La Sala resolverá sobre la suspensión dentro de los tres días siguientes a que hubiere sido solicitada la medida; si concede la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y dictará las medidas pertinentes para conservar la materia del juicio y evitar que se causen daños irreparables para el actor o, en su caso para restituir al actor en el goce de su derecho, hasta en tanto no cause estado la sentencia definitiva.

Artículo 68. La Sala, sin dejar de observar los requisitos previstos en el artículo anterior, podrá hacer una apreciación, de carácter provisional, sobre la legalidad del acto o resolución impugnada de manera que, para conceder la suspensión, bastará la comprobación de la apariencia del derecho que reclama el particular actor, de modo tal que sea posible anticipar, que en la sentencia definitiva declarará procedente la acción intentada, además del peligro que la demora en la resolución definitiva del juicio podría ocasionar para la preservación del derecho que motivó la demanda.

El análisis a que se alude en el párrafo anterior debe realizarse sin prejuzgar sobre la certeza del derecho y, en consecuencia, la resolución dictada para otorgar la suspensión, no tendrá efecto alguno sobre la sentencia de fondo.

Artículo 69. Tratándose de créditos fiscales podrá suspenderse su ejecución, pero tal suspensión sólo surtirá efectos si, quien la solicita, garantiza su importe ante:

I. La Secretaría de Planeación, Administración y Finanzas del Estado cuando el crédito fuere estatal;

II. La Tesorería del municipio que corresponda, cuando el crédito fuere municipal;

III. La Secretaría de Planeación, Administración y Finanzas del Estado cuando el crédito fuere a favor de alguna entidad pública paraestatal del Estado;

IV. La Tesorería del municipio que corresponda, cuando el crédito fuere a favor de una entidad pública paraestatal municipal; y

V. La Tesorería del municipio que corresponda al domicilio del actor, cuando el crédito fuere a favor de una entidad pública intermunicipal.

En el caso de las fracciones III y IV del presente artículo, cuando se trate de organismos descentralizados que tengan el carácter de organismos fiscales autónomos, la garantía se depositará en su tesorería.

La garantía a que alude el primer párrafo de este artículo no se exigirá cuando se trate de sumas que, a juicio de la Sala, excedan las posibilidades de quien deba prestarla, o cuando se trate de persona distinta del obligado directamente al pago, caso en el cual podrá garantizarse el crédito en cualquiera de las formas permitidas por la legislación fiscal aplicable.

En los casos en que proceda la suspensión, pero que pueda ocasionar daños y perjuicios a terceros, se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con ella se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio.

Artículo 70. Para hacer efectivas las garantías otorgadas con motivo de la suspensión, el interesado deberá solicitarlo, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la sentencia, ante la Sala, quien dará vista a las demás partes por un término de cinco días, y citará a una audiencia de pruebas y alegatos, dentro de los cinco días siguientes, en la que se dictará la sentencia que corresponda¹⁶.

Como podemos observar del ordenamiento en cuestión, en la parte final del numeral 69 únicamente se hace alusión a la posibilidad de que el actor pueda otorgar una cantidad que funja como garantía cuando pudieran causarse afectaciones a terceros, sin embargo, en suma a que no se prevé la figura jurídica de la contragarantía que pudiera equilibrar los efectos de dicha figura jurídica¹⁷, tampoco se justifica de que formas y en que supuestos puede otorgarse la garantía, o incluso de que formas y atendiendo a que criterios se pueden fijar dichas cantidades.

¹⁶ Artículos de la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 1999).

¹⁷ Equilibrio que debiera lograrse atendiendo a la ratio legis, ya que no puede pasar desapercibido que el derecho a pedir la fijación de una contragarantía, por simple lógica jurídica, **nace al mundo fáctico desde el momento en que se le concede a una de las partes en el proceso, la fijación de una garantía para obtener la medida cautelar solicitada**, como parte de los requisitos de ejecutabilidad de la providencia precautoria concedida.

En ese sentido y cómo podemos observar, la Ley de Justicia Administrativa solamente prevé de manera somera y superficial la primera de las figuras *-la de la fijación de la fianza-*, sin que al efecto haga referencia a la figura jurídica que es su complemento y sin que se prevea de forma expresa el medio de defensa que puede hacer valer el tercero afectado para contrarrestar los efectos de dicha suspensión y de la garantía aportados por el actor.

Este análisis es relevante en la medida que resulta necesario contar en todos los juicios y procedimientos -no solo en los de nulidad-, con figuras jurídicas adecuadas y completas que atiendan a los principios de equidad procesal y de contradicción, ya que de no plasmarse ni preverse atendiendo a dichos principios, se postra a una de las partes, en estos casos, al tercero, en una clara desventaja procesal conforme al principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre el principio de igualdad de las partes ante la ley procesal y el proceso, conviene transcribir lo que al respecto define el tratadista procesal colombiano Hernando Devis Echandía (2004) el cual menciona que respecto de la igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso dos consecuencias se deducen:

“...1) la de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima audiatur et altera pars, que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; 2) que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las partes(...)

Pero debe procurarse que esa igualdad en el proceso sea real y no simplemente teórica. Para ello se debe otorgar a los pobres y débiles la oportunidad de verdadera defensa, con abogado que las represente gratuitamente cuando se obtenga el amparo de pobreza e imponiendo al juez el deber de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código de otorga”, especialmente para decretar pruebas oficiosamente. Además, una total gratuidad en el servicio de la justicia penal, civil, laboral, contencioso-administrativa, etc.

Esto quiere decir que de permitirse como hoy se permite en la Ley de Justicia Administrativa Estatal, que únicamente se le brinde a la parte actora el beneficio procesal de poder erogar una garantía y así dejar sin efectos un acto administrativo causando como consecuencia una afectación a un tercero, sin que a este último se le brinde una posibilidad de defensa de la misma naturaleza, efectivamente nos encontramos ante **un desbalance procesal** que no encuentra justificación acorde a los principios que rigen el juicio de nulidad.

Así pues, si en suma a ese desbalance procesal dilucidado sumamos la situación particular que antes se ha expuesto, es decir que actualmente particulares inician juicios de nulidad con la sola intención de obtener precisamente ventajas indebidas al solicitar la suspensión de los actos alargando la secuela del procedimiento, tenemos que es necesario por lo menos repensar la utilización de las figuras de la suspensión, de la garantía y de la contragarantía dentro el juicio de nulidad, a la luz de una adecuada interpretación de la justicia cautelar y de los principios de igualdad de las partes en el proceso, de proporcionalidad, de razonabilidad, de progresividad de los derechos fundamentales, así como del principio *pro personae*¹⁸.

¹⁸ Criterio hermenéutico contemplado en el artículo 1° Constitucional que establece debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos en la Carta Magna o en los Tratados Internacionales.

CAPÍTULO 3. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 DE LA CONTRAGARANTÍA

Ahora bien tal y como ya ha quedado de manifiesto, tratándose de la posibilidad de fijar una garantía al solicitarse la suspensión, para que esto suceda es indispensable que exista un tercero interesado ya que es precisamente este quien puede verse afectado y quien tiene interés jurídico en que subsista el acto materia de la impugnación, ya que de no existir dicha parte en el juicio, es innecesaria su fijación acorde a diversos criterios de nuestros más altos tribunales y por ende no podrían tampoco surtirse las hipótesis normativas para la existencia de la contragarantía.

Por su parte la contragarantía podríamos definirla como la otra cara de la moneda de la fianza (o garantía), pues en el mismo tenor que ya definimos anteriormente, esta resulta ser la diversa caución que puede exhibir el tercero para dejar sin efectos la suspensión concedida y además en virtud de sus efectos y naturaleza, tiene que ser suficiente y mayor a la aportada por el actor, ya que su finalidad es resarcir a su vez los posibles daños que pudieran causársele al actor en virtud de la levantamiento de la medida cautelar; para tampoco dejar desprotegida a la parte que erogó la fianza en primer término. (Poder Judicial de la Federación, 2009)

Es decir en los términos de lo dispuesto por la Corte, la contrafianza debe tener tres elementos para poder surtir correctamente sus efectos, **el primero** es que debe dejar sin efectos la suspensión inicialmente decretada cuando así lo permita el supuesto en específico y que con ello no se contravenga el interés social; **el segundo** es que una vez resuelta la controversia y de resultar fundadas las pretensiones del actor o quejoso, deben poder restituirse las cosas al estado en que se encontraban previo a la violación; y **tercero** el monto fijado debe ser suficiente para cubrir los daños y perjuicios que pudieran sobrevenir a la parte actora durante el tiempo que la contragarantía surtió efectos (Poder Judicial de la Federación, 2009); con la particularidad de que, tal y como lo establece incluso la Ley de Amparo en su artículo 127 y como ya se ha mencionado,

habrán ocasiones en las que no podrá fijarse contragarantía, como por ejemplo cuando de ejecutarse los actos haya la posibilidad de que quede sin materia el juicio, pues en este supuesto incluso dictándose una sentencia favorable a los derechos del actor, una vez concluido ya no existiría la materia del juicio, lo que haría nugatorios sus derechos.

Así pues, atendiendo a los principios procesales referidos en líneas anteriores, a saber, el de igualdad de las partes en el proceso, de proporcionalidad, de razonabilidad, de progresividad de los derechos fundamentales, así como de los principios *pro actione*¹⁹ y *pro personae*, y sobre todo **aplicando el control de convencionalidad ex officio**²⁰, podríamos concluir que efectivamente la aplicación de la contragarantía debería ser posible en el juicio de nulidad.

Lo anterior se estima así, pues incluso la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en la fracción X del numeral 107 el reconocimiento de la dualidad de la figura en cuestión, lo que por sí solo permite la aplicación del control de convencionalidad ante la ausencia de la figura en la normatividad aplicable; ya que nuestro máximo ordenamiento señalando que los actos si bien son susceptibles de ser suspendidos en los términos correspondientes, cuando estos puedan causar daños y perjuicios, deben ser garantizados por el interesado; y a su vez establece que atendiendo a la igualdad de las partes en los procesos, a su vez la suspensión también puede quedar sin efectos cuando el tercero afectado otorga la contragarantía pertinente para asegurar tanto la reposición de las cosas al estado que guardaban, así como a pagar los daños y perjuicios consiguientes (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

¹⁹ Principio que exige a los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tener presente la ratio de la norma, a fin de evitar formalismos o entendimientos no razonables que impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto o que obstaculice injustificadamente el derecho de las partes (Poder Judicial de la Federación, 2008, Registro 2017378).

²⁰ Entendido también como el deber internacional y constitucional de todos los jueces de realizar una confrontación entre la norma general que se debe aplicar en un caso en concreto sujeto a su jurisdicción y el bloque de derecho humanos, procurando en un primer término armonizarla cuando esto sea posible y, solo en un caso extremo, ante su notoria contravención, desaplicarla en la resolución correspondiente. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).

Es por ello que como parte de la presente investigación se sometió esta línea argumentativa a la potestad de las salas unitarias (de primera instancia) obteniéndose los siguientes resultados.

3.2 DE LOS ARGUMENTOS VERTIDOS EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE JALISCO

Tal y como ya ha quedado de manifiesto mediante la presente investigación, existe una omisión legislativa o laguna en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, al no encontrarse prevista la figura jurídica de la contragarantía sin importar que la misma, acorde a los principios de igualdad de las partes en el proceso, de proporcionalidad y razonabilidad, debería encontrarse contemplada en el ordenamiento en cuestión.

No obstante lo anterior y conforme a los argumentos ya plasmados, se considera como ya se ha defendido, que independientemente de esta falta de previsión en la norma de dicha institución, la misma puede y deben ser empleada acorde a los principios que rigen la materia administrativa y sobre todo aplicando el control de convencionalidad ex officio,

Sin embargo si bien hay evidencia de la aplicación de este control de convencionalidad por parte de los juzgadores en el Estado de Jalisco, lo cierto es que, respecto a la figura de la contragarantía en los juicios de nulidad en materia administrativa, la regla general es que los juzgadores de dicho órgano, no permiten la utilización de la citada figura en los juicios, cuestión que por las razones ya expuestas deja en franco estado de indefensión a una de las partes, quienes ven cercenados sus derechos a raíz de la tramitación de medidas cautelares que como también ya observamos, en ocasiones son indebidas, para las cuales no existen contrapesos eficaces para ser contrarrestadas y que por meses e incluso años se ven afectados y obligados a llevar a cabo juicios hasta su consecución

Del análisis de diversos acuerdos emitidos por las Salas Unitarias del Tribunal de Justicia Administrativa²¹, podemos observar que por regla general los operadores de derecho resuelven negando conforme a criterios que se estiman equívocos o que han sido temporalmente, pues incluso se limitan a reiterar posturas que se emitían previo a la reforma constitucional del año 2011.

Incluso me permito transcribir un voto particular, del cual se desprende la opinión de uno de los operadores jurídicos respecto a la improcedencia de la aplicación de la figura jurídica de la garantía



 Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco

Escuchado que fue lo anterior, en la discusión el Magistrado [REDACTED] señaló: Sólo quiero hacer un señalamiento en la página nueve en el antepenúltimo renglón dice "amenso" y citar un detalle: estoy de acuerdo en cuanto al resultado pero no en la fundamentación, se ha dicho aquí de manera reiterada que las medidas cautelares que resguarda la Ley de Justicia Administrativa, son en calidad y cualidad superiores a los efectos que pudieran ponderarse incluso en una suspensión en materia de amparo, se ha dicho también que la supletoriedad del Código de Procedimientos Civiles está acotada y que también en las medidas cautelares se ha citado que no existe la posibilidad de la contrafianza porque no lo prevé la Ley, pero me llama la atención que se fundamenten en el capítulo de las medidas cautelares del Enjuiciamiento Civil del Estado de Jalisco, se invoque, se transcriba el artículo 251, porque esto va a dar pie a la posibilidad de que sí es susceptible que se ponderen en beneficio de los justiciables los derechos que consagra el capítulo de medidas cautelares del enjuiciamiento civil, y aquí la situación que dejo nada más para reflexión, si vamos a ponderar esa supletoriedad tiene que ser en todo no nada más para un solo caso, porque la Ley es como la muerte igual para todos-, y aquí el gran riesgo que se corre es que por virtud de esta situación en lo sucesivo por ese derecho que resguarda el Código de Procedimientos Civiles cabría la posibilidad de que entonces nos vengan a reclamar o a solicitar la fijación de contrafianza, o bien que justifique simplemente que tiene bienes suficientes con que responder al resultado de la sentencia para que se levante la medida suspensiva y en ese aspecto lo veo delicado, porque insisto en ese principio de la subsunción en donde el juzgador tiene que ver la aplicabilidad de la norma al caso concreto y ver si el hecho concreto también es congruente con la norma que se aplica, porque si así lo vamos a seguir ponderando insisto, vamos a abrir un portón del tamaño de la Puerta de Alcalá para que entonces las medidas cautelares de la Ley de Justicia Administrativa queden en entredicho por las virtudes, por la mayor amplitud de defensa y de posibilidades jurídicas que otorga el Código de Procedimientos Civiles y por esa razón yo me desparto, nada más por lo que ve a la fundamentación. A lo anterior, el Magistrado [REDACTED] señaló: Una pertinente aclaración a la intervención del Magistrado [REDACTED]: Efectivamente hay una invocación a esa parte del Código de Procedimientos Civiles, la precisión es que de origen la resolución impugnada, la que emite la autoridad administrativa al conceder la medida cautelar, es la que establece ese fundamento en el artículo 138 de la Ley

(Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco, 2008)

²¹Por citar algunos los identificados con los números de expediente 1046/2018, 1738/2015 y 2883/2017 del índice de la Tercera, Segunda y Sexta Salas Unitarias del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

Del análisis de la opinión en cuestión puede observarse que la aplicación de otras legislaciones, no obstante ser más respetuosas a los derechos y garantías o incluso más completas, estaba “mal vista”, lo que denota un punto de vista totalmente positivista del juzgador²², ya que al no encontrarse plasmada en la legislación alguna figura, se estimaba incluso ilegal que se considerara su aplicación.

En cuanto a lo anterior, no es para nadie ajeno que en nuestro País rige el positivismo tradicional, visión que tiende a privilegiar la apreciación del derecho desde la óptica del legislador, es decir desde lo que se plasma en papel (en la Ley), dejándose casi siempre en segundo plano la praxis judicial que se realiza partiendo de mecanismos interpretativos como los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, entre otros, no obstante encontrarse adecuadamente fundados.

Entre los argumentos que se emplearon en los acuerdos analizados del órgano en cuestión, para no permitirse la aplicación de la contragarantía resaltan los siguientes:

- Sostienen que no procede la aplicación de otras figuras procesales (*refiriéndose a la contragarantía*), puesto que contravienen lo estrictamente dispuesto en la Ley de Justicia Administrativa.
- Al señalar la Ley de Justicia Administrativa que solo procede la garantía, no puede realizarse un examen respecto de la constitucionalidad o convencionalidad, pues esto atentaría contra el principio de estricto derecho.
- No es aplicable supletoriamente a la ley de justicia administrativa del Estado de Jalisco, la figura jurídica de la contragarantía contenida en el artículo 254, fracción II, del código de procedimientos civiles del estado de jalisco (legislación supletoria a la Ley de Justicia Administrativa), al existir una Jurisprudencia de la

²² Visión que tiende a privilegiar la apreciación del derecho solo desde la óptica del legislador, es decir desde lo que se plasma estrictamente en papel, dejando de aplicar los principios jurídicos que se han venido defendiendo, es decir los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, entre otros.

Corte al respecto que no puede ser puesto en disputa (Jurisprudencia 2a./j. 94/2011).

Estos son los argumentos que mediante la presente investigación se pretenden desarmar, pues se estima que los mismos no obedecen a la realidad jurídica que impera a la fecha.

3.3 DE LA INAPLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2A./J. 94/2011

Primero, habiendo observado que la línea argumentativa empleada en la mayoría de los casos para negar la fijación de una contragarantía, es aquella que versa respecto de que en los casos en concreto debe aplicarse forzosamente la Jurisprudencia 2a./j. 94/2011 me permito refutar y acreditar por qué la misma es **errónea**.

la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir el criterio Jurisprudencial identificado con el número 161113²³, resolvió que efectivamente no era posible aplicar en forma supletoria a la Ley de Justicia Administrativa, el contenido del numeral 254 fracción II Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco²⁴, pues a la luz de la diversa contradicción de tesis 389/2009 no concurre uno de los requisitos necesarios para aplicar la supletoriedad al caso concreto, precisamente el atinente a que **las normas aplicables supletoriamente no deben resultar contrarias al ordenamiento legal a suplir**, sino que estas deben ser congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

²³ *Jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./J. 94/2011, de la novena época, registro 161113, visible en Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, página 1243, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "CONTRAGARANTÍA. EL ARTÍCULO 254, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVÉ, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE ESA ENTIDAD."*

²⁴ *Numeral que prevé la posibilidad de que no se lleve a cabo una providencia precautoria, se da una caución para responder de lo reclamado, salvo en el caso de que se trate de preservar un derecho que de no hacerlo entrañe una vejación o descrédito o bien un perjuicio de orden moral;*

En efecto, en dicha ejecutoria se sostuvo por la Segunda Sala del Alto Tribunal que el artículo 69, último párrafo de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, al establecer en su texto que la garantía que debe otorgar el actor en el juicio contencioso administrativo debe ser bastante para **reparar el daño e indemnizar de los perjuicios** que con el otorgamiento de la suspensión pudiera ocasionarse a terceros, ello implica que ese instituto cautelar debe responder tanto de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del tercero **como de las ganancias lícitas que aquéllos dejen de percibir con motivo del otorgamiento de la suspensión**. En cambio, la caución que prevé el artículo 254, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que podrá otorgar el perjudicado para que no se lleve a cabo la providencia precautoria, **sólo debe responder de lo reclamado** por disposición expresa del propio precepto, esto es, del valor económico de la prestación demandada, *sin que incluya conceptos distintos a éste*, como el daño patrimonial sufrido por la actora ni las ganancias lícitas que ésta hubiera dejado de percibir con motivo del acto impugnado.

Concluyéndose en dicho criterio, que de admitirse la aplicación supletoria de la institución de la contragarantía prevista en el citado artículo 254, fracción II, del citado código adjetivo, para llenar el vacío de la Ley de Justicia Administrativa de la mencionada entidad **se rompería** con el equilibrio procesal de las partes en el proceso contencioso administrativo, porque a la parte actora se le estaría exigiendo **una caución mayor** para el otorgamiento de la suspensión del acto impugnado que la que debe cubrir el afectado por la medida precautoria para que ésta no se lleve a cabo.

Para mayor ejemplificación del tema abordado, me permito transcribir los artículos que se vienen mencionando, esto es, el numeral 69 último párrafo de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco y el diverso 254 fracción II, del Enjuiciamiento Civil del Estado que disponen:

Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco

Artículo 69....

*En los casos en que proceda la suspensión, pero que pueda ocasionar daños y perjuicios a terceros, se concederá si el actor otorga garantía bastante **para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con ella se causaren**, si no obtiene sentencia favorable en el juicio.”*

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco (supletorio)

Artículo 254. No se llevará a cabo la providencia precautoria, o se levantará de plano y bajo responsabilidad del juez, la que hubiere practicado, si el perjudicado:...

***II. Da caución para responder de lo reclamado**, salvo en el caso de que se trate de preservar un derecho que de no hacerlo entrañe una vejación o descrédito o bien un perjuicio de orden moral...”*

De lo anterior efectivamente tenemos que si se admitiera la aplicación supletoria del Código Adjetivo Estatal, como bien lo ejemplificó la Suprema Corte (2011) se estaría coartando el principio de equidad de las partes en el proceso, ya que mientras al solicitante de las medidas cautelares (suspensión) se le exige garantizar **los daños y perjuicios** que pudieran causarse a los terceros, al afectado con la providencia precautoria únicamente se le requeriría –*en términos del numeral 254 fracción II transcrito*- el monto de lo reclamado, sin incluir los antes referidos daños y perjuicios, generándose de esta manera una clara desventaja procesal para una de las partes.

Es por ello que habiendo analizado a fondo dicha Jurisprudencia, se estima que si existe una (*o varias formas*) de aplicarse la contragarantía dentro del juicio de nulidad, sin que para tal efecto se tenga aplicar forzosamente de forma supletoria, el contenido del artículo 254 fracción II Código de Procedimientos Civiles del Estado, pues es más que evidente que acorde a lo resuelto por la Corte (2011) el contenido de esta disposición normativa es incompatible con la diversa institución cautelar que contempla la Ley de Justicia Administrativa del Estado.

Lo anterior es así, pues como aquí veremos, si bien se determinó que el artículo 254 fracción II del Código supletorio no es aplicable, como ya se ha expuesto, no por ello debe hacerse nugatorio el derecho de quienes se vean afectados *-quizás por el otorgamiento de una suspensión indebida-* a obtener la fijación de una contragarantía para que subsista la ejecución del acto suspendido con motivo de la medida cautelar concedida a su contraparte, sin embargo lo que se sostiene es que esto debe realizarse **en función de la garantía que ya le fue impuesta**, esto es, tomándose en consideración que aquella ya incluye la valoración de los posibles daños y perjuicios, pues solamente de esta manera se lograría un real y efectivo acceso a la justicia cautelar y se respetaría eficazmente el correcto equilibrio procesal de las partes, lo cual como sostengo, es jurídicamente posible.

En primer término esto puede realizarse, mediante el ejercicio del control difuso de la Carta Magna y del control convencional *ex officio*, además de los principios generales del derecho que se han venido mencionando, tales como el principio *pro actione* y el *pro personae*, además del principio de proporcionalidad o razonabilidad, atendiendo a la *ratio legis*, ya que no puede pasar desapercibido que el derecho a pedir la fijación de una contragarantía, por simple lógica jurídica y acorde a lo dispuesto en el numeral 107 fracción X de la Constitución (1917), nace al mundo fáctico desde el momento en que se le concedió a una de las partes en el proceso, la fijación de una garantía para obtener la medida cautelar solicitada.

Lo anterior sin que tenga que acudirse forzosamente a lo dispuesto en el artículo 254 fracción II del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, y por ende al contenido del criterio jurisprudencial identificado con el número de registro 161113, como errónea y continuamente interpretan los operadores jurídicos del Tribunal de Justicia al negar la fijación de la contragarantía.

Aquí incluso se estima que los juzgadores en materia administrativa podrían utilizar como fundamento para fijar la contragarantía a favor de esta interpretación que se defiende, ciertos argumentos de la ejecutoria de mérito, pues tanto de esta como del

análisis de la contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011), se advierte que nuestro más alto Tribunal incluso **reconoce la existencia de un vacío legal en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco**, razón por la cual se sostiene el argumento de que es posible tanto el ejercicio del control difuso y convencional *ex officio*, como la inclusión de la figura de la contragarantía, ya sea mediante la aplicación del control de constitucionalidad o incluso a través de una reforma, esto atendiendo a la finalidad procesal de la institución de las medidas cautelares, pues se insiste solo mediante la fijación de una contragarantía se estaría logrando que el afectado por la ejecución de la providencia precautoria, pueda neutralizar sus efectos a través de una caución suficiente para responder de lo reclamado.

De ahí que por lo expuesto en este análisis por parte de los operadores jurídicos del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco sea incorrecto, pues el negar de plano la fijación de la contragarantía únicamente con base en el contenido del criterio denominado: “CONTRAGARANTÍA. EL ARTÍCULO 254, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVÉ, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE ESA ENTIDAD”(2011), es infundado en estos supuestos, pues como ya se acreditó, lo único que dicho criterio establece es que no procede utilizar la figura que prevé el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, no que no proceda de plano la fijación de la contragarantía como tal.

Sentado lo anterior, procedo a esbozar el método que acorde a la investigación realizada estimo procedente para incluir la figura de la contragarantía en los juicios de nulidad en el Estado, no obstante no estar prevista la figura en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

3.4 DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO Y DEL CONTROL CONVENCIONAL EX OFFICIO DEL PACTO FEDERAL.

Ahora bien, habiéndose justificado en capítulos anteriores del presente trabajo de investigación, la importancia histórica y jurídica tanto de que exista un equilibrio procesal entre las partes, como de que efectivamente procede y es necesaria la inclusión de la figura de la contragarantía dentro de los juicios de nulidad.

Se procede a exponer la línea argumentativa que se estima debería ser empelada actualmente por los operadores jurídicos del Tribunal de Justicia Administrativa para permitir la fijación de la contragarantía, esto es, mediante **el ejercicio del control difuso y del control convencional ex officio del Pacto Federal.**

El control difuso de convencionalidad a que se hace referencia, implica que todas las autoridades, ya sean federales o locales y en cualquier materia -incluyendo la contenciosa administrativa-, están obligados a ejercer un control de convencionalidad, de manera “ex officio”, es decir por virtud de su cargo, acorde a lo que establece nuestra Constitución, fundamentando y motivando de manera clara sus resoluciones, pero no solo conforme las leyes internas comúnmente aplicables a su labor cotidiana, sino que también deben ir acorde -e incluso de ser necesario- empleando los tratados internacionales suscritos en nuestro país, así como los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, registro 160589*²⁵).

²⁵ Criterio que establece que las autoridades se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. De igual manera dicta respecto de la función jurisdiccional, que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior; y si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Así, lo que procede es que sea empleado dicho mecanismo de control de convencionalidad *ex officio* en relación con las diversas tesis y jurisprudencias, que como criterios orientadores de lo que se pretende con la fijación de la contragarantía deben servir para crear convicción en el juzgador para desentrañar el sentido de la ley, ya que ante una omisión legislativa evidente *-como es la demostrada mediante la presente investigación-*, se estima que el operador jurídico debe utilizar las herramientas jurídicas necesarias y eficaces para hacer justicia en el caso concreto, en el ejercicio jurídico que se conoce como hermenéutica jurídica. Los criterios que robustecen lo que aquí se sostiene son los que a continuación se citan.

El criterio cuyo rubro reza: *“Control difuso de convencionalidad ex officio, su aplicación es de naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano”* establece que la aplicación del control difuso *ex officio* en materia de derechos humanos es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se debe realizar en suplencia de la deficiencia de la normativa interna, como ocurre con la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, sin embargo esto no quiere decir que pueda acudir de forma directa a los Tratados Internacionales, sino que debe encontrarse en la normatividad interna, **la forma más benéfica de resolver el caso** para proteger el particular; es decir, como lo que en este caso se propone, que al no existir prevista la figura jurídica de la contragarantía en el ordenamiento aplicable (Ley de Justicia), ni en el supletorio (Código de Procedimientos), se aplique el ordenamiento aplicable que resulta mas benéfico, siendo en este caso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Poder Judicial de la Federación, 2014, Registro 2005942).

Dicha aplicación del control difuso de convencionalidad *ex officio* como ya lo referí, no puede realizarse de manera discriminada, sino que debe realizarse a través de ciertos pasos y criterios.

El primero debe ser una interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; el segundo debe ser una interpretación similar, pero en sentido estricto, es decir que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y el tercero viene a ser el paso final, que es precisamente el de la inaplicación de una ley, siempre y cuando mediante las alternativas anteriores no haya sido posible tutelar el derecho en cuestión (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, registro 160525).

Respecto a lo anterior tenemos que, atendiendo a los principios de los principios de igualdad de las partes en el proceso, de proporcionalidad y razonabilidad y con base en la aplicación del control de convencionalidad ex officio, **es jurídicamente posible** la aplicación de una institución jurídica prevista en la Constitución como la es la de la contragarantía, ya que esto favorecería a quienes a raíz de una omisión legislativa, se han visto históricamente afectados en los juicios de nulidad en el Estado de Jalisco.

Incluso nuestros más altos tribunales han determinado en dicha línea argumentativa que tratándose de todo tipo de omisiones (*incluyendo omisiones legislativas, como la materia de esta investigación*), los juzgadores deben subsanarlas en la medida de lo posible, tal y como se desprende del siguiente criterio, mismo que si bien versa, respecto del juicio de amparo, aplica por analogía a lo que aquí se sostiene (Poder Judicial de la Federación, 2013, registro 2005197):

OMISIÓN LEGISLATIVA. NO PUEDE OPONERSE COMO EXCUSA PARA EL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

En la exposición de motivos del proyecto de decreto que reforma los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Constituyente estableció que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, deben reconocerse y tutelarse como normas programáticas pero exigibles individual o colectivamente, con plena eficacia jurídica, debiendo contar con garantías adecuadas para su protección. Para lograr ese objetivo, entre otros medios, **se dispuso la atribución de los tribunales de la Federación para resolver en amparo toda controversia que se suscite no sólo por normas generales y actos de autoridad, sino también por omisiones** en que incurran los poderes públicos al desarrollar los derechos sociales, ya que dada su naturaleza prestacional, las omisiones son su principal medio de violación, expresándolo así el Constituyente como un mandato claro y categórico, precisándose que la protección de los derechos fundamentales es independiente de su carácter individual o social. Ahora bien, con motivo de la mencionada reforma, en la Ley de Amparo se contempla que a través del juicio de amparo se proteja a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares, ya sea que se promueva individual o conjuntamente por dos o más personas -colectivamente-, tal es el caso de los derechos colectivos, cuya naturaleza es la supraindividualidad e indivisibilidad, elaborando así el concepto de afectación común, el que resulta básico para la operatividad de la protección a los derechos sociales que, por su naturaleza, inciden en un colectivo. Asimismo, en el artículo 77 de la citada ley se establece expresamente que los efectos de la concesión del amparo pueden versar respecto de actos de carácter omisivo. En esa medida, se colige que el juicio de amparo es un medio de defensa extraordinario que por mandato constitucional puede tener por objeto la solución de controversias de actos de naturaleza omisiva. Lo anterior, en consonancia con la nueva redacción del artículo 1o. constitucional, específicamente en su párrafo tercero, en el cual se estipula que **todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos**, lo que de suyo implica, por parte del legislador, el desarrollo de leyes que doten de contenido y eficacia este imperativo constitucional, que protejan y garanticen el abanico de derechos que prevé la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pues el propósito fundamental es hacer operativos, en el plano fáctico, los derechos humanos a través de leyes secundarias que recojan los valores, principios y fines de dichas prerrogativas fundamentales. Por lo anterior, **una omisión legislativa no puede oponerse como excusa para incumplir un precepto constitucional, argumentando dificultad o incompatibilidad con los efectos en cuanto al cumplimiento de una eventual concesión del amparo, lo que redundaría en una violación al derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 17 constitucional, que debe reflejarse en la disponibilidad de recursos efectivos, sencillos y rápidos para dar respuesta y tutela restaurativa a cualquier violación...**

El contenido y bases jurídicas previstas en estos criterios debería y debe emplearse también de forma adminiculada con los diversos criterios jurisprudenciales emitidos también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por sus siglas CIDH); como por ejemplo resulta en la especie aplicable, la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, en la cual se resolvió en el párrafo 124 lo siguiente:

*124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella**, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."*

En esta histórica sentencia, la Corte Interamericana establece el concepto control de convencionalidad que trascendió a los órdenes jurídicos de los países firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como es el caso del Estado mexicano, en la que destacan los puntos siguientes:

- Los jueces y tribunales domésticos están sometidos al imperio de la ley.
- La ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos sujeta a los jueces de un Estado a su observancia.
- Los operadores jurídicos deben permanecer atentos a que la aplicación de leyes internas, no sean contrarias al objeto y fin de la Convención.
- Las leyes contrarias a la Convención desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

- Deben los jueces y tribunales llevar a cabo un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención.
- El Poder Judicial debe no sólo aplicar el contenido de la Convención sino las opiniones interpretativas que sobre la misma vierta la CIDH.

Precisamente de estos puntos tenemos que el control de convencionalidad debe entenderse como: "la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En suma a lo anterior, debemos también señalar que la obligación constitucional de interpretación de las normas relativas a derechos humanos de conformidad con fuentes internacionales²⁶ encierra también un auténtico control de convencionalidad *lato sensu* al ordenar el poder reformador de manera imperativa ("se interpretarán"), el análisis de estas normas a la luz de los tratados internacionales en la materia, éste es en esencia el fin último de este control, el cotejo normativo entre el orden jurídico nacional y los de fuente internacional buscando siempre la norma más amplia o la interpretación extensiva en beneficio de la persona.

De todo lo anterior tenemos que existe una obligación para todas las autoridades, de todos los ordenes, de hacer valer la vigencia de los derechos humanos, lo cual significa que sus actuaciones (incluyendo por supuesto las resoluciones judiciales) deben ajustarse a los parámetros del control de regularidad constitucional, ya que de no hacerlo sus actos serían inválidos.

²⁶ La obligatoriedad de la Convención para nuestro país deviene de su celebración por el Ejecutivo federal y aprobación del Senado de la República, ingresando al orden jurídico mexicano en términos del artículo 133 constitucional en calidad de ley suprema de la unión.

Por otra parte y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 133 del Pacto Federal, la supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deban ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla (Constitución).

En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional **impone a toda autoridad el deber** de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones, incluyendo las legislaciones.

En ese sentido el principio de supremacía de la Constitución referido y el control de la constitucionalidad, tienen un estrecho vínculo, ya que, mientras la “supremacía constitucional” se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, aparece otra figura jurídica que lo que pretende es mantener la constitucionalidad de las leyes “el control o la jurisdicción constitucional”, mismo que se encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la supremacía constitucional. Porque cuando se emite una disposición legal o una resolución judicial en discordancia o contraria a los preceptos constitucionales, **el resultado es una norma inconstitucional**, que la convierte en una norma viciada de origen, esto quiere decir, que por sí misma es inválida.

Es por ello que el tener un control efectivo de la constitucionalidad de las leyes significa además de una garantía de seguridad jurídica, un ahorro para el Estado, pero sobre todo significa fortalecer el Estado de Derecho y mantener su integridad, que es precisamente la base de esta línea argumentativa.

En concordancia con lo anterior, también debo señalar y añadir que lo que también se propone es que estas autoridades actúen conforme a lo que dispone la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 1.1²⁷, ya que este ordinal constituye también al día de hoy una fuente esencial del derecho procesal constitucional mexicano, ya que los derechos y libertades ahí contenidos forman parte del bloque constitucional previsto en el artículo 1° de nuestra Constitución Federal y precisamente el precepto citado del Pacto de San José proporciona las bases de aplicabilidad personal, espacial y material de dicho instrumento.

Concluyéndose de lo aquí expuesto tenemos que, con independencia de la materia y grado, toda autoridad está obligada a hacer valer la vigencia de los derechos humanos, lo cual significa que sus actuaciones deben ajustarse a los parámetros del control de regularidad constitucional, ya que de no hacerlo sus actos serían inválidos.

De ahí que sea absolutamente necesario que tratándose de supuestos como el que hoy nos ocupa (en el cual existe una clara omisión legislativa) en esa amplitud de visión constitucional y convencional, el órgano jurisdiccional garante de la Justicia Administrativa **esté obligado a analizar las solicitudes bajo esta línea argumentativa**, en aras de salvaguardar un correcto equilibrio procesal de las partes, determinando, una vez valorado todo lo anterior que en efecto procede emplear la figura de la contragarantía en correspondencia con la garantía que previamente fuere fijada a la parte actora, la cual en teoría debe ya incluir en su monto los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse a terceros; por ende, la fijación de una contragarantía

²⁷ Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social... (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica")

que considere el monto previamente fijado al actor, sería correctamente equitativa y concomitante con aquella, subsanándose con ello la omisión legislativa en el texto de la Ley de la materia, en ejercicio del control difuso.

Sin embargo como observaremos a continuación, no obstante lo fundado de los argumentos que aquí se exponen, en ocasiones los operadores jurídicos optan por no aplicar las herramientas argumentativas aquí expuestas y optan por basar sus decisiones en criterios predeterminados y en ocasiones obsoletos, como el dispuesto al principio de este capítulo.

En el caso en concreto se determinó para efecto de poner a prueba los argumentos aquí esgrimidos, elevar una solicitud en un juicio de nulidad en el cual se dieran las condiciones óptimas para solicitar la contragarantía, y utilizando los razonamientos aquí vertidos (y explicados a fondo), argumentando la procedencia de la fijación de una contragarantía, independientemente de no encontrarse prevista en el ordenamiento aplicable.

3.5 RESPECTO DE LA SOLICITUD ELEVADA ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En el caso en concreto la solicitud que se elevó versó respecto de un asunto en el cual un particular se dijo afectado por la realización de obras de remodelación de un bien inmueble (sin acreditarlo con los medios de prueba idóneos y adecuados) y solicitó en su carácter de vecino afectado, una medida cautelar consistente en la suspensión de las obras en cuestión y para lo cual le fue fijada una cantidad para que esta surtiera efectos.

Precisamente al tratarse únicamente de cuestiones de índole patrimonial que son susceptibles de ser subsanadas en dinero o mediante las reparaciones correspondientes, determiné que por las particularidades del caso en concreto, podía ser solicitada la fijación de una contragarantía para que una vez autorizada, esta pudiera responder tanto por lo originalmente garantizado por el actor, así como por los demás daños y perjuicios que pudieran causarse de continuar con la ejecución de los actos de remodelación en cuestión.

Para tal efecto y una vez valorados los diversos criterios empleados por los distintos operadores jurídicos del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco para negar la aplicación de la figura, se determinó utilizar en la solicitud de contragarantía la argumentación que aquí se ha expuesto y que rebate dichos infundados argumentos, esto con la intención de brindar a la autoridad que resolvería respecto de la solicitud, la totalidad de argumentos para que pudiera fallar a favor del suscrito.

Se hizo valer entre otras cosas, el argumento ya planteado respecto al porque no aplica en el caso en concreto la aplicación de la Jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./J. 94/2011, de la novena época, registro 161113, visible en Tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 1243, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “CONTRAGARANTÍA. EL ARTÍCULO 254, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVÉ, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE ESA ENTIDAD.”

Se hizo valer también que la materia de la instancia que se plantea (contragarantía) encuentra sustento en la protección más amplia al derecho humano que tiene que ver en forma directa e inmediata con la propiedad, y específicamente con el uso y goce de bienes lato sensu, que tutela el artículo 21 numeral 1 del Pacto de San José que dispone que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que incluso la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social (Convención Americana Sobre Derechos

Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969).

En ese sentido también se hizo valer que tratándose del caso en concreto (uno relativo al derecho a la propiedad privada) se encuentra restricción y límite con el interés social, no menos cierto es que en el caso en particular, la restricción de ese derecho fundamental se debe a una medida cautelar cuya naturaleza restrictiva –que como acto de molestia- debe ser lo menos gravosa posible para el afectado, dado que es éste quien reciente la transgresión temporal de ese derecho, pues **el sacrificio debe ser el mínimo posible, tanto en su extensión como en el tiempo de duración, lo cual se debe medir con el principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.** Así lo han sostenido nuestro más altos Tribunales en el País en la siguiente tesis del rubro y texto siguientes:

Época: Décima época, Registro: 2012426; Instancia: Tribunales Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: I.4o.C.6 K (10a.), Página: 2655,

MEDIDAS CAUTELARES SIN AUDIENCIA PREVIA. LÍMITES MATERIALES Y TEMPORALES A LA RESTRICCIÓN DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL.

En muchos casos existe necesidad de adoptar las providencias cautelares a la mayor brevedad posible, con el objeto de evitar la frustración de su finalidad, con actos del afectado o de terceros, que pudieran hacerlas inocuas, lo que justifica plenamente que las determinaciones no se tomen con audiencia previa de la contraparte, sino con audiencia posterior; sin embargo, como dicha actuación implica una necesaria restricción al derecho fundamental de audiencia y al principio de contradicción, inmersos en el derecho humano al debido proceso, el sacrificio debe ser el mínimo posible, tanto en su extensión como en el tiempo de duración, lo cual se debe medir con el principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuya aplicación se traduce en que, una vez garantizada la finalidad perseguida con la medida cautelar, debe respetarse la garantía de audiencia, y esto implica que si al momento de decidir su otorgamiento o negación, el Juez tiene en su poder elementos allegados al expediente o argumentos producidos por el demandado, sin que esto conlleve alguna dilación para la decisión, por la complejidad o volumen de dicho material, o por dificultades semejantes, se

deben valorar en la resolución correspondiente. Por ejemplo, si la medida se va a tomar durante el curso del proceso, en el cual por emplazamiento o espontáneamente se presentó el demandado y aportó medios de prueba y/o alegaciones sobre el tema, el Juez no debe soslayarlas, so pretexto de que la determinación se debe seguir sin audiencia previa de la parte, pues si la finalidad perseguida con la secrecía quedó superada, porque el afectado se enteró de la pretensión, no encuentra justificación que siga la limitación a un derecho fundamental.

En suma a lo anterior, también se hicieron valer al elevarse la solicitud, los derechos fundamentales de audiencia y defensa, debido proceso, fundamentación y motivación, seguridad jurídica, así como el acceso a la justicia en sus prerrogativas de eficacia y completitud, que tutelan los numerales 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como también se esgrimió lo que disponen los artículos 1, 2, 7 numeral 1, 8 numeral 1 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Sobre el principio de igualdad de las partes ante la ley procesal y el proceso, incluso se hizo valer que tratándose de la Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso deben respetarse dos máximas ineludibles, **la primera**, que en el curso del proceso las partes deben de gozar de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur et altera pars*, que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; y la segunda, que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las partes (discriminación).

En ese sentido se manifestó que debe procurarse que esa igualdad en el proceso sea real y no simplemente teórica y que para ello debe otorgarse a las partes, la oportunidad de verdadera defensa e imponiendo al juez el deber de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que las leyes le otorgan.

3.6 DE LA RESPUESTA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

No es para nadie ajeno que en nuestro país rige el positivismo tradicional, visión que tiende a privilegiar la apreciación del derecho desde la óptica del legislador, es decir desde lo que se plasma en papel (en la Ley), dejándose casi siempre en segundo plano la praxis judicial partiendo de mecanismos interpretativos como los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, coto vedado, no regresividad, fundamentalidad, principio de prevalencia, entre otros, no obstante encontrarse adecuadamente fundados.

Sin embargo, como ya se ha señalado en el presente trabajo de investigación, a raíz de la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos, se dejó de manifiesto que era necesario para todos los operadores del derecho del país *-entre los cuales obviamente se encuentran los que forman parte del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco-*, realizar un cambio fundamental tanto en la cultura jurídica, como en la forma de emitir sus determinaciones, privilegiando la implementación de mecanismos más abiertos y más interpretativos.

Ello es así porque históricamente el derecho legislador ha sido incapaz de afrontar los múltiples problemas que la realidad plantea, pues es evidente que el derecho es cambiante y no todos los supuestos jurídicos pueden encontrarse plasmados en papel, y mucho menos puede tomarse al derecho como una colección de axiomas, que cual fórmula matemática deba aplicarse al caso concreto, sino que esa realidad cambiante obliga a argumentar sobre las normas y los casos difíciles, pues son precisamente este tipo de casos, como decía el jurista Ronald Dworkin citado por Cesar Rodríguez (2008)²⁸ “no pueden resolverse únicamente mediante el silogismo y la subsunción”, ya que el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación; por ende, las posibles soluciones a los casos son diversas, no existe una, y la autoridad está obligada jurídicamente a justificar su opción.

De ahí que en el caso en concreto era necesaria la aplicación de la hermenéutica jurídica como parte de la argumentación del derecho, la cual determina que la búsqueda de la solución no es una mera subsunción del caso particular de algo general (los textos o formulaciones normativas) sino la determinación de la norma correcta en un sentido formal y material a ciertas circunstancias de hecho, para que esa decisión normativa fuera complementaria o perfeccionadora del derecho.

Lo anterior pues como he sostenido a lo largo de la investigación, los juzgadores no deben asumir que el único con capacidad creadora es el legislador y que el resto

²⁸ Rodríguez, C., (2008): “Teoría del derecho y decisión judicial: En torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin”, La decisión judicial (Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Nuevo Pensamiento Jurídico), pp. 15-88.

debemos conformarnos con cumplir sus mandatos y aplicar las normas, cuando se tiene competencia jurídica para ello; es decir, actualizar mecánicamente la ley para el caso concreto, mediante la subsunción y el silogismo. Definitivamente esta no debe ser ni es la tarea de los juzgadores.

Tomando en cuenta todo esto, fue que el suscrito elevó la correspondiente solicitud de fijación de contragarantía, argumentando que era necesario para el operador jurídico que conocía del asunto, valorara que al existir una laguna normativa en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco debían interpretarse todo los elementos de derecho y no sólo la ley; es decir, se solicitó que la decisión que tomara fuera orientada también **en principios** y no sólo en reglas, supuesto que como veremos no aconteció, siguiendo la línea de los “precedentes” que existen actualmente en dicho órgano²⁹.

Al respecto el operador jurídico sin congruencia alguna dejó básicamente de impartir justicia en el caso concreto, pues sin valorar adecuadamente que se le brindaron las alternativas jurídicas apropiadas, utilizando como pretexto que el texto legal no contemplaba alguna solución para lo peticionado por el justiciable y que ante el vacío legal encontrado, no podía resolver yendo en contra de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procedió a negar la solicitud elevada.

En ese sentido se evadió una clara obligación constitucional que se replica en el Código Civil Federal, concretamente sus artículos 18 ,19 y 20 que establecen textualmente los siguientes:

Código Civil Federal

Artículo 18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.”

²⁹ Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco

*“Artículo 19.- Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. **A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.**”*

*“Artículo 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, **se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados...**”.*

Precisamente con base en dichos numerales y diversos otros argumentos se solicitó que, al versar *la contragarantía* que se solicitaba en un derecho similar en especie con respecto al de *la garantía* concedida a la parte actora como parte de los requisitos de ejecutabilidad de las medidas cautelares (contracautela), la decisión del juzgador **debía descansar en la mayor igualdad posible entre las partes de la controversia**, sin que debiera interesar al caso que se no se encontrara prevista la figura en la Ley, ya que el acceso a la justicia en su vertiente provisoria debe ponerse al alcance de los involucrados en igualdad de circunstancias. Se citó para efecto de robustecer su petición, la siguiente tesis, emanada de los Tribunales Colegiados de Circuito, que es del tenor literal siguiente:

Época: Décima Época; Registro: 2005156; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Común; Tesis: XI.1o.A.T.11 K (10a.); Página: 1189

“LAGUNA JURÍDICA O DEL DERECHO” O “VACÍO LEGISLATIVO”. PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO, A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Se denomina "laguna jurídica o del derecho" o "vacío legislativo" a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; esto es, se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o

negocio; con ello se obliga a los operadores jurídicos a emplear técnicas substitutivas con las cuales puedan obtener una respuesta eficaz a la expresada tara legal. Así, las lagunas o vacíos legislativos pueden deberse a la negligencia o falta de previsión del legislador (involuntarias) o a que éste, a propósito, deja sin regulación determinadas materias (voluntarias), o bien, a que las normas son muy concretas, que no comprenden todos los casos de la misma naturaleza o son muy generales y revelan en su interior vacíos que deben ser llenados por el juzgador, con un proceso de integración, mediante dos sistemas: a) la heterointegración, llamada también derecho supletorio o supletoriedad; y, b) la autointegración, reconocida expresamente por la mayoría de los ordenamientos como analogía y principios generales del derecho. En estas condiciones, el uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del derecho, y pueden distinguirse dos clases resaltantes de ésta: la "legis" y la "iuri"; y es aceptada bajo dos condiciones, a saber: a) La falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto; y, b) Igualdad esencial de los hechos. En conclusión, es imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros en particular; sin embargo, el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los Jueces o tribunales a dejar de resolver una controversia, por lo que existen diversos métodos que el juzgador debe emplear para llenar ese vacío legislativo, siempre que no sea posible resolver una controversia, aplicando una disposición precisa de la ley y tales fuentes son: primero, la supletoriedad o la analogía y, después, los principios generales del derecho.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 424/2012. Miguel Ángel Rodríguez Bustos. 18 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Edgar Díaz Cortés. Esta tesis se publicó el viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Incluso se hizo valer en la petición elevada el estudio realizado por el suscrito mediante el cual se acreditó que dicha institución (contragarantía), la cual forma parte de la doctrina en materia de medidas cautelares, **EXISTE en 30 treinta de 32 treinta y dos entidades federativas**, especificándose incluso en una tabla el estado de la República, la ley código o reglamento en materia administrativa y el artículo que prevén ese instituto cautelar, con la finalidad de que el operador jurídico arribara a la conclusión de que no se trataba de una petición caprichosa o arbitraria, sino que:

- Se trata de una figura procesal que es totalmente compatible con el derecho contencioso administrativo;
- No versa sobre una cuestión regional que sea incompatible en esta entidad federativa, puesto que es una institución procesal aplicable a todo proceso;

- Que con ella el legislador busca el equilibrio procesal de las partes;
- Que existe presunción fundada (en la investigación legislativa nacional) de que el legislador jalisciense dejó sin regulación esa institución procesal de contragarantía; pues existe “la otra cara” de la figura jurídica, la garantía
- Que dicha autoridad cuenta con la competencia y atribuciones legales para resolver favorablemente a la petición sometida a su potestad, con base en la interpretación analógica, los principios generales del derecho y el ejercicio del control difuso de convencionalidad *ex officio*.

Inclusive se hizo valer que en la propia exposición de motivos de la reforma al artículo 69 de la Ley de Justicia Administrativa mediante el Decreto Número 25522/LX/15 (Congreso del Estado de Jalisco, 2015) en la que a fojas 16 y 17, el legislador jalisciense reconoció que la ausencia del supuesto que permitiera imponer la garantía prevista en el artículo 69 de la Ley de Justicia Administrativa evidenció la imposibilidad legal que enfrentó el juzgador para aplicar la disposición legal a cabalidad en el caso concreto, por lo que quedaba comprendido que no es dable imponer obligaciones a los gobernados cuando materialmente es imposible su cumplimiento por defecto en la disposición legal.

Sin embargo, como se adelantó en líneas precedentes, siguiendo la línea argumentativa y sin valorar adecuadamente los argumentos expuestos, resolvió de la siguiente forma:

“...Se da cuenta del escrito signado, a través del cual se solicita la fijación de contragarantía, así como el incremento a la garantía fijada por la Segunda Sala Unitaria de este Tribunal, en el expediente

Por cuestión de método jurídico, se resolverá en primer término la petición de la contragarantía y posteriormente al aumento de la garantía.

Petición de la contragarantía.

La parte tercera, solicita el otorgamiento de la contragarantía, a fin de continuar con las obras paralizadas a virtud de las medidas cautelares otorgadas a la parte actora.

Refiere que su petición no se sustenta en la aplicación del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, toda vez que existe jurisprudencia por contradicción de tesis que sostiene su inaplicación supletoria, sino que se insta con base en el ejercicio de control difuso de la Constitución Federal y la aplicación del Control de Convencionalidad ex officio a la luz del principio de progresividad de los derechos fundamentales, los principios Pro Actione y Pro Personae, así como la interpretación conforme a la propia Carta Magna en estricto acatamiento a lo que dispone en su numeral 1° en cuanto ordena y obliga a todas las autoridades para que protejan y respeten los derechos fundamentales.

Por lo anterior solicita la inaplicación de la Jurisprudencia 2a./J.94/2011, que es del siguiente tenor:

CONTRAGARANTÍA. EL ARTÍCULO 254, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVÉ, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE ESA ENTIDAD

La citada disposición legal, que establece la posibilidad de que el perjudicado por la providencia precautoria otorgue contragarantía, para que dicha medida no se lleve a cabo, no es aplicable para colmar la falta de inclusión de ese instrumento cautelar en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, ya que la supletoriedad de una ley respecto de otra no procede cuando sus disposiciones se contrarían, como sucede con la contragarantía prevista -a título de caución- en el Código de Procedimientos Civiles de la entidad que opera de manera distinta a la garantía regulada por el artículo 69 de la citada ley administrativa, ya que la primera sólo responde de lo reclamado sin abarcar los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al actor con la paralización de la medida cautelar, mientras que la segunda debe ser bastante para reparar los daños e indemnizar de los perjuicios que se causaren a terceros con el otorgamiento de la suspensión; de ahí que, de acogerse la contragarantía para llenar el vacío legislativo, se propiciaría un evidente desequilibrio procesal entre las partes, porque la afectada por el entorpecimiento de la providencia cautelar quedaría en franca desventaja frente a quien resultó perjudicado con su concesión.

Contradicción de tesis 91/2011. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Penal y Cuarto en Materia Administrativa, ambos del Tercer Circuito. 11 de mayo de 2011. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretaria: Martha Elba de la Concepción Hurtado Ferrer.

Tesis de jurisprudencia 94/2011. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dieciocho de mayo de dos mil once.

En cuanto a lo peticionado, dígamele que NO HA LUGAR toda vez que en la jurisprudencia reproducida, de conformidad a lo previsto en el numeral 217 de la Ley de Amparo, es obligatoria para todas las autoridades judiciales y jurisdiccionales.

En efecto, nuestro sistema jurídico no reconoce la posibilidad de que los jueces ordinarios realicen un control de constitucional y/o convencional de la jurisprudencia, por considerar que la obligatoriedad de la jurisprudencia es el elemento necesario para lograr el objetivo de unificar la interpretación y aplicación del derecho, así como de otorgar certeza jurídica.

Por lo que se concluye que la jurisprudencia del rubro CONTRAGARANTÍA. EL ARTÍCULO 254, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVEÉ, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE ESA ENTIDAD, emitida por el Máximo Tribunal, no puede ser sometida a un control de convencionalidad y control difuso de constitucionalidad, porque la propia Ley de Amparo prevé mecanismos cuando se estime que la misma no resulta acorde al nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos, surgido a partir de la reforma de diez de junio de dos mil once, para sustituirla, además de enfatizarse que la misma es obligatoria, en términos de lo dispuesto en la Constitución Federal, así como en la propia normatividad en cita.

Además, porque el admitir que un órgano de menor jerarquía, tal es el caso de esta Sala Unitaria, pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que, en el caso concreto, atendía a un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente, sería tanto como permitir, se reitera, distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema, vía jurisprudencia, del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.

Sirve de sustento a lo anterior, por las razones que en ella se citan, la tesis de jurisprudencia del siguiente texto:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica..."³⁰

³⁰ Resolución emitida por la Tercera Sala Unitaria del Tribunal de Justicia Administrativa dentro del expediente identificado con el número 2243/2020.

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES

Contrario a lo que se señala en la mayoría de los criterios empleados por los operadores jurídicos del Tribunal de Justicia Administrativa para negar la fijación de la contragarantía, incluyendo el aquí transcrito, considero que el simple hecho de estudiar y analizar la procedencia de esta petición, **no viola** en lo más mínimo lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Amparo (como incorrectamente resolvió el juzgador) y **mucho menos se contrapone** a lo resuelto mediante la Jurisprudencia de la Suprema Corte, pues en ella la materia de estudio y núcleo central del acervo considerativo resultaba ser, como ya se expuso, si en la especie procedía aplicar supletoriamente el artículo 254 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, cuestión que como también se expuso, es totalmente distinta al tópico y argumentos vertidos por el suscrito para la procedencia de la figura en cuestión.

De ahí que resulte claro que nos encontramos ante argumentos que son novedosos, y que como ya se ha dicho a lo largo de la investigación, no guardan relación alguna con el tema que fue materia de la Jurisprudencia citada, mismos que requerían de un estudio responsable, el cual hasta el momento no se ha hecho por parte del juzgador³¹, no obstante estar debida y adecuadamente formulado.

En ese sentido y ante la negativa de los operadores jurídicos de entrar al estudio de lo anterior en los términos que se ha expuesto, queda lamentablemente de manifiesto (acorde a la tradición jurídica mexicana) la imperiosa necesidad de que se lleve a cabo por parte del Legislador, una reforma al capítulo IX denominado “De las Medidas Cautelares”, para incluir entre otras cosas la figura de la fijación de contragarantía para que cuando así proceda conforme a derecho, pueda continuarse la ejecución de un acto suspendido indebidamente, garantizándose por supuesto, de forma completa los posibles daños que se pudieran causar al actor.

³¹ Sin embargo y como así lo permite la Ley, el fallo ha sido recurrido en la instancia correspondiente, por lo que resta ver que establecen los órganos de mayor jerarquía al respecto.

Esto ya que tal y como se acreditó de la exposición planteada, es jurídicamente procedente (y necesario) que se aplique en la entidad la institución jurídica en estudio al tramitarse los juicios de nulidad en la entidad, sin importar que la misma no se encuentra expresamente legislada en el ordenamiento aplicable, esto acorde a los multicitados principios de igualdad de las partes en el proceso, de proporcionalidad y razonabilidad.

Llevándose a cabo la reforma en cuestión, se podrían fijar de manera expresa, en los procedimientos en donde pudieran verse afectados los intereses de terceros con motivo del otorgamiento de medidas cautelares, los contrapesos procesales necesarios que permitirían tanto caucionar la responsabilidad que se pudiera causar por posibles daños y poder en su caso combatir oportunamente el otorgamiento de medidas cautelares emitidas de forma indebida.

Esto por supuesto desincentivaría la sobreutilización de la figura de las medidas cautelares y de la suspensión del acto impugnado en los procedimientos judiciales, ya que al no poder acudir ya el particular de forma directa a solicitar solo la suspensión de los actos (puesto que ahora el tercero tendría la posibilidad expedita de poder levantar la misma, garantizando las cantidades correspondientes), de nada serviría alargar la secuela de un juicio o incluso llevarlo hasta su consecución, ya que si este acude con fines ilegítimos no obtendría ningún beneficio procesal, incluso de otorgar una garantía en un caso hipotético, podría perder dicha cantidad, es decir, cesaría la existencia de beneficios indebidos al incluirse un contrapeso procesal oportuno para contrarrestar el dictado de medidas cautelares que afectan los derechos de terceros, como lo es la figura jurídica de la contragarantía.

El articulado que se propone se incluya, debe contar como mínimo con los tres elementos expuestos para que pueda surtir correctamente sus efectos³²:

³²Y a la par de lo anterior se considera que, al no encontrarse tampoco regulado en la Ley de Justicia Administrativa, un incidente para hacer efectivas precisamente las garantías y contragarantías a que se hace referencia, sería prudente incorporar también dicha figura, para efectos de robustecer la protección de las partes, ya que esta es una de las omisiones que se han observado en algunas de las legislaciones estatales y que han conllevado problemas para las partes que participan en los juicios.

- Debe dejar sin efectos la suspensión inicialmente decretada cuando así lo permita el supuesto en específico y que con ello no se contravenga el interés social;
- Deben poder restituirse, una vez resuelta la controversia y de resultar fundadas las pretensiones del actor o quejoso, las cosas al estado en que se encontraban previo a la violación y;
- El monto fijado debe ser suficiente para cubrir los daños y perjuicios que pudieran sobrevenir a la parte actora durante el tiempo que la contragarantía surtió efectos.

Es así que lo que se propone de forma tentativa es que se incluya un articulado que cuente con los elementos que ya se han expuesto y el cual contemple la línea argumentativa empleada, para efecto de salvaguardar la igualdad de las partes en el proceso y que exista un justo equilibrio procesal, atendiendo a la obligación que impone el numeral 1 de la Ley Fundamental a todas las autoridades de que se respeten y garanticen los derechos fundamentales y no se transgreda con ello el numeral 17 del mismo ordenamiento máximo.

| <p style="text-align: center;">Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco</p> | <p style="text-align: center;">Propuesta de articulado (tentativa)</p> |
|---|---|
| <p>Artículo 66. La suspensión de la resolución o del acto administrativo, podrá concederse de oficio, en el mismo auto en que admita la demanda, cuando el acto o resolución impugnado, de llegar a consumarse, dificultaría restituir al particular en el goce de su derecho. El auto que decrete la suspensión debe notificarse sin demora a la autoridad demandada, para su cumplimiento.</p> <p>...</p> <p>Artículo 69.</p> <p>...</p> <p>En los casos en que proceda la suspensión, pero que pueda ocasionar daños y perjuicios a terceros, se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con ella se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio.</p> | <p>Artículo 66. Cuando así lo solicitaran las partes, el juzgador deberá proveerse en el de admisión de demanda, respecto de la procedencia o no de la medida cautelar, haciéndolo saber dentro de los tres días siguientes a que fue sometido a su potestad</p> <p>Artículo 66 bis. La medida cautelar podrá solicitarse en cualquier momento, mientras no sea dictada sentencia definitiva; esta tendrá por efecto mantener las cosas en el estado en que se encuentren hasta en tanto se pronuncie resolución correspondiente.</p> <p>El pronunciamiento respecto de la suspensión deberá ceñirse a los actos, procedimientos o resoluciones que se impugnen y sus efectos.</p> <p>Artículo 66 ter. La medida cautelar dictada, podrá ser modificada por el Magistrado en cualquier momento del juicio, ya sea de oficio o a petición de parte, si se modifica el estado y condiciones del otorgamiento, o si se actualizaré alguna circunstancia superveniente.</p> <p>Artículo 69. En los casos en que proceda la suspensión y pueda ocasionar daños o perjuicios a terceros, se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaren, si no se obtiene sentencia favorable en el juicio.</p> <p>La suspensión a su vez quedará insubsistente si el tercero otorga contragarantía o caución bastante para que las cosas se mantengan en el estado en que se encontraban previo al otorgamiento de la suspensión concedida, así como para cubrir</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>los daños que sobrevengan en perjuicio del actor, de no obtener sentencia favorable.</p> <p>Para que surtir efectos la contragarantía referida, deberá cubrirse también el costo de la que hubiere otorgado el actor.</p> <p>Será improcedente la fijación de la contragarantía cuando, de ejecutarse el acto impugnado o sus consecuencias, quede sin materia el juicio de nulidad.</p> <p>Artículo 69 bis. Para hacer efectivas las garantías y contragarantías otorgadas con motivo de la suspensión, el interesado deberá solicitar la apertura del incidente correspondiente para hacer efectivas las garantías y contragarantías por los daños y perjuicios que en la especie se causaren; este incidente deberá hacerse valer dentro de los treinta días siguientes a que cause estado la sentencia.</p> <p>De no hacerlo dentro de ese término, se procederá a la devolución o cancelación de los importes respectivos.</p> |
|--|---|

BIBLIOGRAFÍA:

Doctrina

Atienza, M. & Ruiz, J. (2000) *Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta/ Estructuras y Procesos. Chile.

Burgoa, I. (1998) *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa. México.

Calamandrei, P. (1945) *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (S. Santis, Traducción). Editorial Bibliográfica Argentina. Argentina.

Carpizo J. (2003) *Estudios Constitucionales*. 1ª ed. Editorial Porrúa. México.

Chioventa, J. (1980) *Principios del Derecho Procesal: Tomo I*. Cardenas editor y distribuidor

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de septiembre de 2015.) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 17*, Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/todos-los-libros>.

Devis, H. (2004) *Teoría General del Proceso aplicable a todos los procesos*. 3ª ed. Editorial Universidad. Argentina.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=diccionario+juridico>.

Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio* 8.ª reimpresión. Editorial Ariel. España.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Editorial Siglo XXI Editores. Argentina.

Estrella S. (1998) *La filosofía del juicio de amparo*. Editorial Porrúa. México.

- García, H. (2015). *La suspensión del acto reclamado en el nueva ley de amparo*. Editorial Rehtikal. Mexico
- Gomez C. (Productor). (2019) *Imagen Noticias* [Noticiero]. Grupo Imagen. México. Recuperado de: <https://www.imagentv.com/noticias/imagen-noticias-con-ciro-gomez-leyva/empresarios-denuncian-corrupcion-de-jueces-en-jalisco>.
- Guastini R. (2001) *Estudios de Teoría Constitucional* 1ª ed. Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea. México.
- Lira, A. (1972) *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*. 1ª ed. Fondo de Cultura Económica. México.
- Manero, J. & Schmill, U. (2007). *El juez y las lagunas del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México,
- Noriega, A. (2014) *Lecciones de Amparo*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México.
- Nino, C. S., (1999), *Los defectos lógicos de los sistemas jurídicos*, en *Introducción al Análisis del derecho*, Editorial Ariel. España.
- No author found. (2009). *Manual del justiciable en materia de amparo*. Poder Judicial de la Federación. Mexico. Recuperado de <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST/75326/75326.pdf>
- No author found. (26 de febrero del 2019). *Mafia del judicial abusa con medidas cautelares*. Diario el Informador. Recuperado de: <https://www.informador.mx/Mafia-del-Judicial-abusa-con-medidas-cautelares-l201902260001.html>
- Ovalle F. J. (2013) *Derecho Procesal Civil*. Editorial Oxford. México
- Rabasa, E. (1978) *El artículo 14 y el juicio constitucional*". 5ª. Ed. Editorial Porrúa. México.

- Rodríguez, C. (2008). *Teoría del derecho y decisión judicial: En torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin, La decisión judicial*. Editorial Siglo del Hombre. Argentina.
- Ruíz, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, en Atria F. (et. al.). Editorial Marcial Pons, España.
- Sanchez, R. (2009) *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad*. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5893/7830#N53>
- Sarasa, E. (1984) *El Privilegio General de Aragón: la defensa de las libertades aragonesas en la Edad Media*. Gobierno de Aragón, España.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (1999) *El Juicio de Amparo y el Poder Judicial de la Federación*. México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2000) *Historia del Amparo en México: Tomo II, III y IV*. México 2000.
- Trueba, A. (1975) *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo*. Editorial Jus. Mexico.
- Universidad Nacional Autónoma de México (1982) *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=diccionario+juridico>
- Vallarta, I. (1881) *El juicio de amparo y el Writ of Habeas Corpus*. Imprenta de Francisco Diaz de León. México 1881. Recuperado de: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080001919/1080001919.html>
- World Justice Project (2019) *Rule of Law Index World*. World Justice Project 2018- 2019

Legislación, Sitios Web, Criterios Jurisprudenciales y Casos:

Código de Procedimientos Federales del año 1987

Código Federal de Procedimientos Civiles del año 1909

Constitución Federal de 1857

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Ley de Amparo del año 1861

Ley de Amparo del año 1869

Ley de Amparo del año 1882

Ley de Amparo del año 1919

Ley de Amparo del año 1936

Ley de Amparo del año 2013

Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tesis [A.]: P. LXVIII/2011 (9a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Diciembre de 2011, Reg. digital 160526; Rubro: “parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos”.

Tesis [J.]: (III Región)5o. J/8 (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, s.t., marzo de 2014, Reg. digital: 2005942; Rubro: “control difuso de convencionalidad ex officio. su aplicación es de naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano”.

Tesis P. LXIX/2011(9a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Diciembre de 2011, s. p., Reg. digital 160525; Rubro: “pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos”.

Tesis [J.]: 1a./J. 37/2017 (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Mayo de 2017, Reg. digital 2014332; Rubro: “interpretación conforme. naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona”.

Tesis [A.]: I.4o.A.23 K (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Diciembre de 2013, Reg. digital 2005197; Rubro: "omisión legislativa. no puede oponerse como excusa para el incumplimiento de un precepto constitucional".

Tesis [A.]: I.4o.C.6 K (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Agosto de 2016, Reg. digital 2012426; Rubro: "medidas cautelares sin audiencia previa. límites materiales y temporales a la restricción de ese derecho fundamental".

Tesis [A.]: XI.1o.A.T.11 K (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Diciembre de 2013, Reg. digital 2005156; Rubro: "LAGUNA JURÍDICA O DEL DERECHO" O "vacío legislativo". para llenarlo el juzgador debe acudir, primero, a la supletoriedad o la analogía y, después, a los principios generales del derecho".