

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

MEDIDAS CAUTELARES

I. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Las medidas cautelares, también denominadas por algunas leyes de procedimiento administrativo como medidas de seguridad o medidas provisionales, son dictadas por el órgano administrativo competente en los procedimientos recursivos, de verificación administrativa o administrativos sancionadores; son resoluciones administrativas que persiguen diferentes finalidades y son dictadas en contra de las personas.

En algunas ocasiones son ordenadas para asegurar bienes o pruebas, para mantener situaciones de hecho; en otras ocasiones se dictan para evitar posibles daños al interés general o también al patrimonio del Estado.

También se pueden dictar para asegurar la eficacia de la resolución administrativa que pudiera recaer en un procedimiento administrativo, para asegurar el buen fin del procedimiento o para evitar el mantenimiento de los efectos de una infracción, entre muchos otros.³⁰⁰

Entre la comisión de una infracción administrativa y la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador incoado con el objeto de sancionarla puede transcurrir un importante periodo de tiempo, durante el cual pueden prolongarse los efectos de la actuación infractora o producirse otras actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Tales efectos pueden originar perjuicios para el interés general o en los bienes, derechos o intereses de ciudadanos concretos.³⁰¹

Ferran Pons Cánovas las define como

Aquella decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para

³⁰⁰ Pons Cánovas, Ferran, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, Marcial Pons, p. 26.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 11.

poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya sea para proteger el interés general perturbado por la infracción, ya sea, en fin, para asegurar —en sentido amplio— la eficacia de la resolución que pueda recaer.³⁰²

Así, las medidas cautelares ordenadas en este tipo de procedimientos son significativas, ya que el dictado de la resolución administrativa definitiva puede tardar un lapso de tiempo considerable y las infracciones de las personas a las normas jurídicas pueden producir importantes daños al interés general o al patrimonio del Estado.³⁰³

Hay que señalar que la mayoría de las leyes federales y locales de naturaleza administrativa facultan a las autoridades administrativas para dictar medidas cautelares con la finalidad de evitar posibles daños irreparables al interés público.

II. CARACTERÍSTICAS

1. *Instrumentalidad*

Esta particularidad de este tipo de medidas cautelares se refiere a que la decisión adoptada servirá de instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir la ejecución de esta última. En ese sentido, las medidas cautelares dependerán siempre del procedimiento administrativo principal, están subordinadas a la resolución administrativa definitiva.

Al respecto, el párrafo tercero de la fracción V del artículo 21 de la LFRASP dispone que

La suspensión cesará cuando así lo resuelva la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades, independientemente de la iniciación o continuación del procedimiento a que se refiere el presente artículo en relación con la presunta responsabilidad del servidor público. En todos los casos, la suspensión cesará cuando se dicte la resolución en el procedimiento correspondiente.

Es decir, que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud del inicio de un procedimiento, en este caso, sancionador administrativo.

Así, las medidas cautelares son instrumentales o subsidiarias, puesto que nacen en previsión y a la espera de una resolución administrativa final y definitiva.

³⁰² *Ibidem*, p. 17.

³⁰³ Snopek, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, La Plata, Librería Editora Platerse, 1985, p. 44.

No tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio del procedimiento sancionador administrativo que reviste el carácter de principal, del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la resolución definitiva que se va a dictar. “Ya veremos que si bien podrán adoptarse las mismas medidas aplicadas antes de la resolución, éstas se extinguen con la misma, por lo que habrán de adoptarse expresamente con el acuerdo de resolución”.³⁰⁴

Dado que la medida cautelar, en este tipo de procedimientos, carece de autonomía funcional, por cuanto su propósito consiste en asegurar la eficacia práctica de la resolución administrativa final que se dictará dentro del procedimiento sancionador administrativo, al cual se encuentra necesariamente vinculada, precisamente, por un nexo de instrumentalidad, la medida cautelar no guarda equivalencia con la pretensión principal de la autoridad administrativa, y menos aún podría intentarse obtener a través de aquella resultados o efectos que por la naturaleza de la acción principal deducida no se alcanzarían con la admisión de esta última.

2. Provisionalidad

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues estas desaparecerán, y perderán toda su eficacia cuando falten los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finalice el procedimiento sancionador administrativo principal.

La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior resolución administrativa, lógico es que las medidas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que la resolución tarde en obtenerse.

Así está regulado en el tercer párrafo, fracción V, del artículo 21 de la LFRASP, cuando dispone que

La suspensión cesará cuando así lo resuelva la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades, independientemente de la iniciación o continuación del procedimiento a que se refiere el presente artículo en relación con la presunta responsabilidad del servidor público. En todos los casos, la suspensión cesará cuando se dicte la resolución en el procedimiento correspondiente.

³⁰⁴ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 25.

Es decir, la medida cautelar es provisional porque se extinguirá, en todo caso, con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento administrativo correspondiente. “Estas medidas cesarán como tales cuando se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, sea de sanción o de sobreseimiento, cuando éste caduque, así como cuando cambien o desaparezcan las causas que motivaron su adopción”.³⁰⁵

La medida cautelar se extinguirá con la resolución que ponga fin al procedimiento de verificación administrativa o sancionador administrativo, aunque la resolución administrativa no sea ejecutiva, pues no pueden mantenerse automáticamente las medidas adoptadas con anterioridad. Sí pueden dictarse las mismas medidas, pero han de adoptarse de nuevo expresamente.³⁰⁶

Por último, no hay que olvidar que habrá ocasiones en las cuales los efectos —todos o algunos— de las medidas cautelares se conviertan en definitivos, por la sencilla razón de que den lugar a situaciones irreversibles.

3. Urgencia

Lo característico de las medidas cautelares es que han de adoptarse con urgencia, es decir, inmediatamente, especialmente en los procedimientos sancionadores administrativos, donde algunas personas han omitido el cumplimiento de las normas de orden público o por las actividades inherentes a sus cargos puedan producir daños y/o perjuicios irremediables al Estado.

Las situaciones que dan lugar a una medida cautelar siempre llevan inherente un cierto riesgo de sufrir un menoscabo en el patrimonio, en los derechos, etcétera, en quien las ordena, lo que, obviamente, justifica la medida cautelar.

Solo pueden ser considerados como daños irreparables los que no pueden ser reparados por ninguna decisión ulterior.³⁰⁷

Las medidas cautelares se ordenan siempre por razones de urgencia inaplazable.³⁰⁸

Tanto la LFRASP como las leyes estatales y la normativa secundaria son omisas en señalar los supuestos en los cuales podría ser susceptible de suspensión un servidor público de su empleo, cargo o comisión.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 46.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 43.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 26.

4. *Variabilidad*

La variabilidad se refiere al hecho de que según las exigencias de cada caso en particular, la medida debe ser valorada. Así, la medida cautelar está sujeta, aun antes de que se dicte la resolución principal, a modificaciones que corresponden a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el órgano administrativo, a través de una nueva medida cautelar, considere que la medida cautelar ordenada inicialmente ya no sea adecuada a la nueva situación creada durante ese tiempo.³⁰⁹

Mientras no se dicte la resolución definitiva en el procedimiento principal, la medida cautelar puede ser revocada, modificada o confirmada.

Así lo prevé el tercer párrafo, fracción V, del artículo 21 de la LFRASP, cuando dispone que

La suspensión cesará cuando así lo resuelva la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades, independientemente de la iniciación o continuación del procedimiento a que se refiere el presente artículo en relación con la presunta responsabilidad del servidor público. En todos los casos, la suspensión cesará cuando se dicte la resolución en el procedimiento correspondiente.

Con lo anterior se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar está siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar puede ser reformada si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida cautelar fue adoptada.

5. *Homogeneidad*

Las medidas cautelares que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la resolución definitiva responden a la función de asegurar la efectividad de esta última, lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquella frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un *test* previo de la legalidad del acto o de la norma,

³⁰⁹ Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *Las medidas cautelares contra la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 737.

cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar.³¹⁰

El propio primer párrafo, fracción V, del artículo 21 de la LFRASP, dispone que “La suspensión temporal no prejuzga sobre la responsabilidad que se le impute”.

El órgano administrativo debe evaluar sobre la procedencia de la medida en sí misma, mas no prejuzgar sobre el fondo del asunto. No debe valorar el fondo de las cosas, sino tan solo la credibilidad de la invocación del derecho que formula el requirente.

6. *Proporcionalidad*

La medida cautelar en el procedimiento sancionador administrativo siempre se debe adoptar respetando el principio de proporcionalidad. Es decir, la medida cautelar debe estar en proporción a las circunstancias de la infracción cometida. “Debido a los efectos gravosos que las medidas pueden provocar en sus destinatarios, y como correlato a su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia, su adopción debe ser excepcional”.³¹¹

Según el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

Cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o sub principios siguientes: *a)* idoneidad, la cual es la legitimidad constitucional del principio adoptado como preferente, por resultar ser el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el objetivo pretendido; *b)* necesidad, consistente en que no exista otro medio menos limitativo para satisfacer el fin del interés público y que sacrifique, en menor medida, los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; o sea, que resulte imprescindible la restricción, porque no exista un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin deseado y que afecten en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y *c)* el mandato de proporcionalidad entre medios y fines implica que al elegir entre un perjuicio y un beneficio a favor

³¹⁰ Rodríguez-Arana, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, UNAM, 2006, p. 311.

³¹¹ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 46.

de dos bienes tutelados, el principio satisfecho o que resulta privilegiado lo sea en mayor proporción que el sacrificado. Esto es que no se renuncie o sacrifiquen valores y principios con mayor peso o medida a aquel que se desea satisfacer. Así, el derecho o principio que debe prevalecer, en el caso, es aquel que optimice los intereses en conflicto y, por ende, privilegiándose el que resulte indispensable y que conlleve a un mayor beneficio o cause un menor daño. Consecuentemente, tratándose de la suspensión debe negarse dicha medida cautelar cuando el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular, ya que el derecho o principio a primar debe ser aquel que cause un menor daño y el que resulta indispensable privilegiarse, o sea, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio.³¹²

Así, las medidas cautelares que se adopten en este tipo de procedimientos sancionadores administrativos deberán ser proporcionales a la naturaleza y gravedad de la infracción.³¹³

III. PRESUPUESTOS

La procedencia de las medidas cautelares en este tipo de procedimientos administrativos se justifica, en principio, en la necesidad de evitar que se sigan produciendo daños al patrimonio del Estado o al interés público, y también para evitar que la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo se convierta en ilusoria.

La medida provisional que se adopte en el seno de un procedimiento sancionador no puede limitarse a cumplir los requisitos fijados en la normativa general: que haya elementos de juicio suficientes, que garantice la eficacia de la resolución que pueda recaer, que se acuerde de forma motivada y que no cause perjuicios o viole derechos.³¹⁴

La procedencia queda subordinada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: órgano administrativo competente, fundamentación, motivación, verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y no afectación al interés social y al orden público.

³¹² Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Tesis aislada I.4o.A.70 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 2346.

³¹³ Lucchi López-Tapia, Yolanda de, “El derecho administrativo sancionador: perspectivas constitucionales”, *Justicia* 92, Barcelona, núm. II, 1992, p. 478.

³¹⁴ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 14.

1. *Órgano competente*

Es órgano competente para dictar las medidas cautelares en estos procedimientos, la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades. Y en materia de medidas cautelares en contra de los servidores públicos debe procederse con criterio amplio para evitar la frustración de los derechos de las personas.

Es decir, aun en casos de urgencia, no son válidas las medidas cautelares ordenadas por un órgano incompetente, aunque hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones contenidas en las normas procedimentales.

Y así lo ha dispuesto el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, al resolver el siguiente criterio de jurisprudencia:

Conforme a lo previsto por los artículos 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 106 de la Constitución Política del Estado de Puebla, así como 55, 58, 60, 61, 62, 118, 151, 196, 224, 225, 226, 228, 230 y 231 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Puebla, las Juntas Auxiliares se conciben como organismos de la administración pública municipal descentrada, se encuentran consideradas orgánicamente dentro de los Municipios y tienen por objeto, dentro de los límites de su circunscripción, ayudar al Ayuntamiento del que sean parte en el desempeño de sus funciones, bajo la vigilancia y dirección de aquél. Por ese motivo y al no haber disposición expresa en favor de los Ayuntamientos para suspender en sus funciones a un presidente de una Junta Auxiliar, esta facultad debe entenderse comprendida dentro de lo dispuesto por los artículos 115, fracción I, párrafo tercero, de la Constitución Federal, 55 y 60 de la Ley Orgánica Municipal, que facultan al Congreso del Estado para suspender Ayuntamientos, declarar que éstos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando se haya dado oportunidad suficiente de rendir pruebas y hacer los alegatos que convengan, ya que no puede inadvertirse, en términos de lo dispuesto por los artículos 225, 226 y 228 de la Ley Orgánica Municipal, respectivamente, lo siguiente: *a)* que las Juntas Auxiliares municipales “serán electas en plebiscito” o a través de sufragio libre, directo y secreto, cuando se celebra un convenio con el Instituto Electoral del Estado; *b)* que duran en el desempeño de su cometido tres años; y, *c)* que cuando el pueblo no esté conforme con su elección, serán removidas si así lo solicitaren las tres cuartas partes de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral al Congreso del Estado, quien exhortará al Ayuntamiento para que convoque a los vecinos del pueblo a un plebiscito para que elijan nueva Junta. Lo anterior queda corroborado porque el artículo 78, fracción XXV, de la citada ley orgánica faculta a los Ayun-

tamientos únicamente para nombrar, a propuesta del presidente municipal, al secretario del Ayuntamiento, al tesorero municipal, al contralor municipal y a los comandantes de policía y tránsito municipal, no así a los integrantes de las Juntas Auxiliares, de quienes sólo puede conceder licencias hasta por treinta días y resolver las renunciaciones que éstos formulen, dando aviso al Congreso del Estado, como lo señala la fracción XXVII del mismo precepto. De tal manera que si los miembros del Ayuntamiento, del Concejo Municipal o de las Juntas Auxiliares incurrían en alguna causa de suspensión o de revocación de su mandato, tal sanción “será competencia exclusiva del Congreso del Estado”, como lo señala el artículo 60 de la Ley Orgánica Municipal, pues los integrantes de las Juntas Auxiliares fueron electos por mandato popular, a través de plebiscito o voto directo; de otra manera, se desatendería esa voluntad. Por tanto, aun cuando se trate de una suspensión únicamente con carácter temporal con motivo de la responsabilidad en que incurrió el servidor público y para preservar el orden y la tranquilidad pública, ello resulta insuficiente para justificar la competencia de los Ayuntamientos, ya que, provisional o definitiva, con motivos justificados o sin ellos, solamente puede suspender a un integrante de un Ayuntamiento la autoridad que constitucional y legalmente esté facultada para ello, que en el caso resulta ser el Congreso del Estado.³¹⁵

En el supuesto de que el nombramiento del servidor público sujeto a investigación incumba al titular del Poder Ejecutivo, se requerirá la autorización del mismo para el dictado de la medida cautelar suspensiva. Lo mismo ocurrirá en los casos en que estén involucradas la Cámara de Senadores o, en su caso, de la Comisión Permanente, si el nombramiento requirió ratificación de aquella en los términos de la CPEUM.³¹⁶

2. *Fundamentación*

Han señalado en reiteradas ocasiones los tribunales del Poder Judicial Federal, que por fundamentación se entiende que la autoridad ha de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso.

Al respecto, la LFRASP dispone, en la fracción V, primer párrafo, que

Previa o posteriormente al citatorio al presunto responsable, la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades podrán determinar la suspensión temporal de su empleo, cargo o comisión, si a su juicio así

³¹⁵ Tesis aislada VI.3o.A.159 A, Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1037.

³¹⁶ Artículo 21 de la LFRASP.

conviene para la conducción o continuación de las investigaciones. La suspensión temporal no prejuzga sobre la responsabilidad que se le impute. La determinación de la Secretaría, del contralor interno o del titular del área de responsabilidades hará constar expresamente esta salvedad.

3. *Motivación*

También se requiere, por disposición de la CPEUM, que la medida cautelar, como acto de autoridad, debe hacerse mediante acuerdo motivado.

Es decir, que el órgano competente debe señalar con precisión las circunstancias especiales, las razones particulares o las causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para el dictado del acuerdo de suspensión del servidor público.

Dentro del requisito de motivar la resolución, podemos encuadrar otros tres subrequisitos que le servirán al órgano administrativo para tomar la decisión. Son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación al interés social y al orden público, que a continuación explicamos.

A. *Verosimilitud del derecho*

La verosimilitud del derecho o *fumus bonis iuris* debe entenderse como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que solo se logrará al final del procedimiento. El *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho exige inequívocamente la descripción de los derechos amenazados, cuya tutela requiere, sin más, el dictado de la medida cautelar.

En primer lugar se precisa una infracción *prima facie*. Se trataría del supuesto de *fumus boni iuris* de las medidas cautelares: “las alegaciones o las pruebas reunidas deben ser fundadas a simple vista, sin perjuicio de una demostración posterior contraria. La existencia de una infracción debe ser verosímil o posible a partir de la información de que se dispone. La petición de medidas cautelares debe acompañarse de queja formal en la que es preciso aparezca *prima facie* el carácter fundado y que, por consiguiente, debe ser suficientemente motivada y contener el mayor número de datos posible. En esta fase del procedimiento no es posible exigir que se pruebe sin ningún género de dudas la existencia de la infracción”.³¹⁷

El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el procedimiento

³¹⁷ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 41.

principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho vulnerado.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que

La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el³¹⁸ [procedimiento].

Si este presupuesto no se cumple, ya no es necesario analizar la existencia del peligro en la demora, porque por más que se demuestre la realidad del riesgo inmediato, la medida cautelar no puede ordenarse si previamente no se acredita que se ha vulnerado el interés público o se está causando o se puede causar un daño al patrimonio del Estado.³¹⁹

Por ello, afirma Pons Cánovas: “Para que se puedan otorgar medidas provisionales, debe haberse probado la existencia de una infracción clara y flagrante, ya en la etapa de la simple apreciación *prima facie* que debe servir de base al otorgamiento de estas medidas”.³²⁰

Así, el fundamento de este tipo de medidas cautelares no dependerá de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia sujeta a investigación por parte de la autoridad administrativa, sino de un conocimiento

Periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido: de allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado.³²¹

El hecho de que la suspensión del servidor público prevista en la LFRASP sea completamente “a juicio” de la autoridad que la impone, la hace violatoria de la CPEUM, ya que para que una facultad discrecional pueda ser fun-

³¹⁸ Pleno, tesis P./J. 16/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. III, abril de 1996, p. 36.

³¹⁹ Tettamanti de Ramela, Adriana, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo”, *Estudios de derecho administrativo. X. El proceso administrativo en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, p. 500.

³²⁰ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 42.

³²¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. 453.

dada y motivada, esta deberá contener los límites, requisitos o criterios objetivos para ejercerla, y en el caso del artículo 21, fracción V, de la LFRASP no se cumple con esos límites, requisitos o criterios.

El siguiente criterio es ejemplificativo de la explicación anterior:

El artículo 203 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco establece el procedimiento que debe seguirse para determinar la responsabilidad de los funcionarios pertenecientes a dicha dependencia y en su fracción V dispone que las autoridades que lleven a cabo dicho procedimiento podrán determinar la suspensión temporal de los presuntos responsables de sus cargos, empleos o comisiones, siempre que a su juicio así convenga para la conducción o continuación de las investigaciones; de lo cual se sigue que tal disposición prevé una facultad discrecional para las autoridades encargadas de iniciar el procedimiento de responsabilidad, a fin de que utilicen su arbitrio, sin ningún parámetro, y decidan si debe o no suspenderse al funcionario de su empleo, en tanto se resuelve aquel sumario. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para considerar apegado al marco constitucional el otorgamiento de facultades a las autoridades, como son las discrecionales, la Norma Suprema impone la obligación al legislador de establecer el límite de la facultad otorgada, a fin de que exista sustento legal del acto y no sea el arbitrio de la autoridad su fundamentación, porque la discrecionalidad implica un amplio campo de apreciación para decidir si la autoridad debe obrar o debe abstenerse para resolver cuándo y cómo debe obrar, o aun para determinar libremente el contenido de su posible actuación, empero, su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar o de elegir entre dos o más decisiones, sin que ello signifique arbitrariedad, ya que la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación, lo cual permite que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional. Así, se concluye que el artículo 203, fracción V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco contraviene las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en el artículo 16 de la Carta Magna, ya que establece una atribución de la autoridad para que, utilizando su libre arbitrio, pueda suspender a sus empleados en el ejercicio de sus funciones, a fin de continuar con el procedimiento de responsabilidad que le es atinente; sin que en dicho dispositivo se precisen las causas, motivos, supuestos, circunstancias, opciones, parámetros y límites de ese arbitrio, pues, por el contrario, permite que lo hagan cuando a su juicio así lo amerite, ocasionando que el acto que se realice con apoyo en dicha disposición combatida carezca de los requisitos de fundamentación y motivación a que alude el precepto constitucional en cita, ya que no se fundaría en aquélla sino en la libre apreciación de la autoridad, lo cual impide que un órgano jurisdiccional pueda revisar la legalidad de esa actuación, como tampoco prevé la posibilidad de que la autoridad opte por esa medida u otras que sean aplicables atendiendo a las particularidades del

caso, sino que deja a la voluntad de la autoridad el determinar el motivo por el cual se podrá suspender en el ejercicio de sus funciones al empleado, quedando su actuación fuera del control jurisdiccional.³²²

B. *Peligro en la demora*

El dictado de las medidas cautelares responde a la necesidad, como habíamos comentado, de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impidan o hagan más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o que tendrían por efecto convertir el daño temido en efectivo.

El recaudo de peligro en la demora, también llamado técnicamente *periculum in mora*, previsto para la procedencia de las medidas cautelares se encuentra intrínsecamente relacionado con la irreparabilidad del perjuicio. “Sólo serán legítimas las medidas si se adoptan para prevenir una situación que pueda producir un perjuicio grave e irreparable a la parte que las solicita, o intolerable para el interés general. Se trata del presupuesto de *periculum in mora*”.³²³

El peligro en la demora, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

Consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales.³²⁴

De tal modo que el peligro en la demora se vincula con el daño, el cual deberá invocarse y acreditarse en modo particularizado, aun cuando no sea necesaria una prueba concluyente al respecto.

Así, se configura el peligro en la demora cuando existe una relación directa con el objeto principal de la queja, denuncia o investigación previa; en este punto es importante recordar que en muchas ocasiones resulta necesario dictar la medida cautelar, pues si el órgano administrativo no actúa (aunque sea de modo provisorio), es muy probable que nunca más pueda

³²² Tesis aislada III.2o.A.107 A, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, febrero de 2003, p. 1155.

³²³ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 42.

³²⁴ Pleno, tesis P./J. 16/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. III, abril de 1996, p. 36.

hacerlo con eficacia, ya que muchas veces la demora está representada por el lapso, que necesariamente consumirá la tramitación de un expediente y el tránsito del procedimiento hasta el dictado de la resolución final.

Es decir, que en el marco de una de las alternativas legales bastará invocar y acreditar la sola posibilidad de sufrir un daño o perjuicio inminente, resultando suficiente el temor del daño, pues ello configura un interés jurídico que justifica el adelanto de la medida suspensiva.³²⁵

C. *El interés social y el orden público*

Según Gallegos Fedriani,³²⁶ el interés social no es un concepto carente de contenido concreto. Lo que sucede es que el concepto dependerá de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales y, en general, culturales, reinantes en un país o en un lugar determinados, en un tiempo dado.

Por ello, el concepto de interés social no es fijo o invariable, sino que puede llegar a modificarse, total o parcialmente, como resultado de la alteración de las condiciones de las costumbres que le han dado origen.

Sobre el particular, Eduardo García de Enterría ha dicho que

Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o imaginación puedan sugerirles, como habilitantes de una verdadera discrecionalidad, en sentido técnico, según la cual cualquier decisión, cualquier opción entre alternativas sería legítima. Más bien la intención [...] viene a ser precisamente la contraria. [...] La administración no cuenta con una autonomía de actuación completa. Su actuación está en principio determinada por las Leyes, las cuales son las que efectúan, dentro de la Constitución, la selección de lo que en el concierto social debe ser calificado de interés general y confiado, en una u otra medida, a la gestión administrativa.³²⁷

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que “si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños

³²⁵ Logar, Ana Cristina, “Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en Botassi, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2000, p. 400.

³²⁶ Gallegos Fedriani, Pablo Óscar, *op. cit.*, p. 59.

³²⁷ García de Enterría, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 89, enero-marzo de 1996.

y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la [medida cautelar] solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado”.³²⁸

Pero también hay que decir, siguiendo a Juan Antonio Hernández Corchete, que

Por mucho que una actuación de la administración pública esté destinada a la consecución del interés general y por muy importante que éste sea, si no se ajusta a los cauces previstos por el derecho para el ejercicio de las potestades públicas o, aún más claro, si no se ampara en una potestad legalmente atribuida, respecto de ese acto o disposición no puede la administración hacer valer sus prerrogativas.³²⁹

4. *La garantía*

Como requisito para otorgar una medida cautelar en los procedimientos recursivos o en los juicios en materia tributaria o sancionadores administrativos, la ley le impone a la parte actora el otorgamiento de una garantía. Esta garantía “funciona como una previsión legal contra el eventual resarcimiento que pudiera demandar el cautelado por los daños y perjuicios que pudiera provocar su traba, si aquel derecho que aparece como verosímil no existiera o no llegara a actualizarse”.³³⁰

Aunque esta garantía no siempre sea ordenada por el juez, además, habrá ocasiones en las cuales se pueda obviar, fundando la decisión en la fuerte probabilidad del derecho invocado.

La garantía que el actor debe otorgar en los casos en que la medida cautelar sea procedente servirá para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que se puedan ocasionar al tercero perjudicado si no se obtiene sentencia favorable en el juicio.

El párrafo cuarto de la fracción V del artículo 21 de la LFRASP dispone que

En el supuesto de que el servidor público suspendido temporalmente no resultare responsable de los hechos que se le imputan, la dependencia o enti-

³²⁸ Pleno, tesis P./J. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, abril de 1996, 16/96, p. 36.

³²⁹ Hernández Corchete, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate abierto”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto de 2000, p. 82. Separata.

³³⁰ Tettamanti de Ramela, Adriana, *op. cit.*, p. 492.

dad donde preste sus servicios lo restituirán en el goce de sus derechos y le cubrirán las percepciones que debió recibir durante el tiempo en que se halló suspendido.

Asimismo, el párrafo sexto de la fracción V del artículo 21 de la LFRASP establece que

En caso de que la Secretaría, por cualquier medio masivo de comunicación, difundiera la suspensión del servidor público, y si la resolución definitiva del procedimiento fuere de no responsabilidad, esta circunstancia deberá hacerse pública por la propia Secretaría.

Es decir, que según estas disposiciones cabe la posibilidad de que el Estado, a través de la Secretaría o del contralor interno o del titular del área de responsabilidades, haya tomado una decisión equivocada y le provoque daños y/o perjuicios al servidor público.

La suspensión temporal preventiva de un elemento de seguridad pública del Distrito Federal sujeto a investigación administrativa o averiguación previa, trae como consecuencia la improcedencia del pago de salarios y prestaciones relativas a la suspensión, mientras no concluyan definitivamente las instancias correspondientes y sea declarado sin responsabilidad, según se advierte de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.³³¹

En estos casos sería conveniente que el Estado garantizara los posibles daños y/o perjuicios al servidor público, pues se trata de un procedimiento donde se deben garantizar al máximo los derechos del servidor público, pues se trata de un acto que afectará su esfera jurídica personal. Más aún si se le va a separar de su empleo, cargo o comisión.

El artículo 50 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal prevé que cuando un elemento de la policía sea declarado sin responsabilidad en la investigación administrativa o averiguación previa que se le instruya, le serán reintegrados los salarios y prestaciones que hubiere dejado de percibir hasta ese momento con motivo de la suspensión temporal de carácter preventivo que se le impuso; sin embargo, la hipótesis jurídica que se comenta no se actualiza cuando la interrupción temporal de funciones del elemento policiaco tiene su origen en causas ajenas al servicio, esto es, por conductas observadas

³³¹ Tesis aislada I.7o.A.46 A, Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 611.

en su carácter de particular y no como servidor público, aun cuando en el proceso penal incoado en su contra obtenga resolución absolutoria por la que se declare que no es penalmente responsable del delito que se le imputó, en razón de que el régimen disciplinario y la suspensión temporal regulada por los artículos 49 y 50 de la ley citada, están dirigidos a examinar y sancionar las conductas llevadas a cabo por los policías respecto de las funciones inherentes al servicio de seguridad pública que prestan, por cuyo incumplimiento puede afectarse a la corporación o a la comunidad en general; de ahí que sea improcedente el pago de los conceptos mencionados.³³²

Las llamadas medidas precautelares: suspensión provisional de funcionarios

Se ha previsto la posibilidad de adoptar medidas provisionales con carácter previo al inicio del procedimiento sancionador y con posterioridad a la resolución sancionadora que no ponga fin a la vía administrativa y que, por tanto, no sea ejecutiva.³³³

³³² Tesis aislada I.7o.A.266 A, Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIX, enero de 2004, p. 1617.

³³³ Pons Cánovas, Ferran, *op. cit.*, p. 11.