

EL JUEZ Y EL DERECHO. PERSPECTIVA HISTORICA, FILOSOFICA, SOCIOLOGICA Y DOGMATICA

ELVA RIZO MAGAÑA
Cancún, México

El amparo es un proceso concentrado de anulación, de naturaleza constitucional, promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad. Tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos: a) contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas por la constitución; b) contra los actos conculcatorios de dichas garantías; c) contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto; d) contra las invasiones recíprocas de las soberanías, ya federal, ya estatal que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada -si el acto es de carácter positivo- o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada cumpliendo con lo que ella exige, si es de carácter negativo.

Como se desprende de lo ya expuesto el juicio de amparo, considerado -Fix Zamudio-, como la garantía jurisdiccional de mayor eficacia, y casi la única de aplicación práctica en nuestro sistema constitucional, muy a pesar nuestro, estimo -en este momento- la única posibilidad de justicia en México.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

México independiente; sus orígenes inmediatos

La primera constitución del México independiente data de 1814 llamada "decreto constitucional para la libertad de la América mexicana" mejor conocida como "constitución de Apatzingan," por ser el lugar donde se expidió. Contiene un capítulo completo dedicado a las garantías individuales o derechos fundamentales del hombre, -considerada por algunos juristas como superior a la española de 1812- influidos los insurgentes por el individualismo, por los principios jurídicos de la revolución francesa y el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, estima los derechos del hombre superiores a toda organización social, cuyo gobierno en ejercicio del poder público debe estimarlos intangibles, pues su protección es la única finalidad del Estado. Aunque jamás estuvo en vigor evidencia el pensamiento político de los insurgentes. La constitución de Apatzingan es una constitución republicana, democrática, central, representativa y congresional que estaba destinada a desaparecer tan

pronto terminara la lucha para dar lugar a un congreso constituyente que dictara la constitución definitiva.

La constitución federal de 1824 no consignaba un instrumento jurídico para proteger las garantías individuales, que en cierta forma establece su propio texto, otorgaba a la corte suprema de justicia la facultad de conocer de las infracciones a la constitución y a las leyes federales. Esta misma constitución (artículo 24), ordena la primacía del pacto federal sobre las constituciones de los Estados, sin embargo tales garantías eran sólo un enunciado (por sí mismas no se garantizaban), no existía un instrumento jurídico o medio procesal mediante el cual se hicieran valer y se obligara a las autoridades a respetarlas.

Las siete leyes constitucionales, o constitución centralista de 1836, creó el llamado "supremo poder conservador" -copiado del senado conservador francés- conformado por cinco miembros, con facultades -entre otras- la de declarar la nulidad de los actos contrarios a la constitución por parte de cualquiera de los tres poderes y actuaba a instancia de alguno de los restantes. Es este el primer órgano creado en el derecho constitucional mexicano con el objeto de defender la constitución, fue un órgano político no judicial que no llegó a funcionar nunca en protección a todo el sistema constitucional.

Desde el año de 1824 hasta 1842 que la idea de garantías individuales, la supremacía de la ley fundamental y el juicio constitucional o juicio de amparo no contenían ninguna enumeración de los derechos del hombre, ni declaración de supremacía constitucional, ni organizaban el poder judicial en forma tal que hiciera suponer el propósito de establecer un procedimiento equivalente al juicio de amparo.

Las siete leyes, tratando de maquillarse de conceptos liberalistas, establecieron importantísimas garantías individuales, creando además el supremo poder conservador, con el objeto de "contener a la autoridad dentro del límite de sus atribuciones". Lo relevante en las siete leyes es el establecimiento de la supremacía constitucional. Sin embargo la acción constitucional no procedía al ser ejercitada por el hombre, ya que únicamente podía excitar al órgano las autoridades cuando que éstas eran las que en conjunto violaban la ley.

En el año de 1840 -cuando el Estado de Yucatán, por cuestiones geográficas y políticas, lo distante del centro del país y las luchas por el poder-, pretendió independizarse del resto de México, a fines de ese año el congreso del Estado de Yucatán conoció de un proyecto de constitución en el que se creaba el sistema bicameral, una suprema corte de justicia, pero sobre todo y lo que más importaba, organizaba un control o defensa de toda la constitución, aunque sólo se consideraba contra actos de la legislatura y del ejecutivo. Manuel Crescencio Rejón autor de dicho proyecto de constitución, creó el control constitucional que él llamó Amparo. El artículo 53 le otorgaba competencia a la suprema corte de justicia del Estado para amparar a los individuos contra las leyes, decretos y providencias de la legislatura, del gobernador o ejecutivo cuando violaran la constitución del Estado. En el sistema propuesto por Rejón consagraba ya dos de los principios fundamentales que rigen hasta la fecha el proceso constitucional mexicano, que son la relatividad de las sentencias de amparo y la instancia de parte. Posteriormente en 1842 una comisión integrada por siete miembros se reunió para integrar un proyecto de constitución; entre estos se encontraba Mariano Otero quien logro con un voto particular, se aprobara el control judicial para la protección de las garantías individuales, otorgado a la suprema corte frente a los poderes legislativo y ejecutivo de los Estados y un control político a cargo del presidente de la república. Para el mes de mayo de 1847 se promulgó el

acta de reformas, que ponía en vigor la constitución de 1824, pero con las modificaciones que eran el objeto del acta que se expedía. Otero logró que la asamblea aprobara la institución del amparo, dentro del artículo 25 de dicha acta, y se otorga competencia a los tribunales de la federación para proteger a los habitantes de la república en el ejercicio de la conservación de los derechos que la propia constitución les otorgaba, y por ataques de los poderes legislativo y ejecutivo, tanto de la federación como de los Estados, elaborando un principio que desde entonces se ha llamado "la fórmula Otero" al determinar otorgarse la protección constitucional en el caso particular sobre el que verse el amparo, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, principio que rige en la fracción II del artículo 107 de la constitución vigente.

En la constitución federal de 1857 el juicio de amparo se plasma en los artículos 101 y 102. Para esto Melchor Ocampo recogiendo la fórmula Otero propuso que los juicios los conocieran exclusivamente los tribunales federales, a pesar de otra propuesta de Ignacio Ramírez quien pretendió que conociera un jurado compuesto de vecinos (control de la constitución por medio de la opinión pública); afortunadamente la comisión encargada suprimió la propuesta de Ramírez, permitiendo así que el juicio de amparo estuviese revestido de toda la técnica jurídica que le es indispensable para sobrevivir y que ha persistido hasta la fecha.

La constitución de 1917, resultado de luchas entre liberales y conservadores, combinó el liberalismo con nuevas ideas sociales, consignó en su texto la primera declaración de derechos sociales en la historia. El proyecto de Carranza sufrió importantísimas modificaciones, de tal modo que la constitución promulgada en 1917, es, no una reforma a la de 1857 (aunque de ella herede principios básicos entre otros los derechos o garantías individuales, sino una nueva y primera constitución que en el mundo declara y protege lo que posteriormente se ha llamado garantías sociales, o sea, el derecho que tienen todos los hombres para llevar una existencia digna y el deber del Estado de asegurar que así sea.

La constitución vigente conserva los principios fundamentales, pero introdujo paralelamente a las garantías sociales la suplencia de la queja deficiente para tutelar tales garantías, ya que por el hecho de estar enunciadas no se garantizaban por sí mismas. La trascendencia que el amparo mexicano ha tenido en la mayoría de países latino-americanos: El Salvador, Nicaragua, Brasil, Costa Rica, Argentina, Panamá, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Paraguay, amén de la influencia en organismos internacionales donde se producen gerencias para que los Estados miembros adopten nuestro juicio de garantías, como en 1948 en la conferencia de Bogotá se formuló la declaración americana de los derechos y deberes del hombre".

II. EL JUEZ DE AMPARO

En todo proceso la posición fundamental del juez es la de asistir al diálogo entre las partes, reprimiendo los excesos, rectificando las desviaciones pero sobre todo aclarando las oscuridades. Lograr este objetivo es la tarea fundamental del juez, y en este sentido y bajo este concepto me referiré en el presente al término justicia. Sería temerario de mi parte intentar analizar el concepto justicia que desde el principio de los siglos pasando por Platón, Aristóteles, Kant, Kelsen, etc., se han planteado sin que se haya podido encontrar una definición conceptual unívoca. El juicio de amparo, instrumento y base jurídica fundamental, mediante el cual el juez de distrito logra -como ningún otro- esa difícil misión: hacer justicia, preservando entre gobernados y gobernantes el principio general de derecho; las autoridades sólo pueden hacer lo

que expresamente las leyes les facultan; esta es la situación del juez de amparo, que conoce en primera instancia, del amparo indirecto (amparo de garantías). El doctor Héctor Fix Zamudio distingue diversos tipos de amparo: amparo contra leyes inconstitucionales, amparo-soberanía, amparo casación y el amparo de garantías. El juez acorta cada día el breve espacio que existe entre derecho y justicia al anular los actos arbitrarios de autoridad que el quejoso reclama como violatorios de las garantías individuales, amparándolo y protegiéndolo contra los mismos. Si bien la ley de amparo norma la actuación jurisdiccional del poder judicial federal, éste tiene en los últimos tiempos, una misión más amplia, a través del alcance que la jurisprudencia le concede a los artículos 14 y 16 constitucionales. Los jueces son guardianes del orden constitucional en su totalidad, lo que representa un control de la legalidad que ha suscitado entre ilustres juristas mexicanos gran polémica, en virtud de que: orden constitucional y principio de legalidad están contrapuestos, porque las garantías de legalidad pueden traer aparejada en muchos casos una invasión por parte del poder judicial federal del derecho, que constitucionalmente se reconoce a los Estados de la federación para emitir sus propias disposiciones civiles y penales, interpretándolas y aplicándolas, sin que los poderes federales puedan intervenir. La jurisprudencia una vez más resolvió tal situación puntualizando los límites hasta los cuales pueden llegar las sentencias de amparo en su examen constitucional y lo que les está vedado para mantener el equilibrio constitucional estableciendo que "sentencias de amparo sólo pueden resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama, y nunca sobre cuestiones cuya decisión compete a los tribunales del fuero común".

El juez federal en su conocimiento, no está obligado por la ley de la materia a sujetarse a ningún formulismo en el momento de dictar sentencia, aunque la práctica judicial ha impuesto la clásica división de relación de hechos (resultandos) apreciaciones jurídicas (considerandos) y puntos decisorios (resolutivos), es decir, la propia ley le otorga "liberalidades" en su actuar, y aunque tales facultades no deberán excederse al ordenamiento constitucional, sí puede interpretar el alcance de los mismos preceptos constitucionales amparando al quejoso contra actos notoriamente contrarios a la carta fundamental. Para llegar a este fin, podemos enumerar entre otras: 1) la suplencia de la deficiencia de la queja y la suplencia del error; 2) facultad de allegarse pruebas; 3) la discrecionalidad al otorgar la suspensión aun sin solicitarla el quejoso; 4) la prosecución judicial.

1. *La suplencia de la queja deficiente*

Para el doctor Juventino V. Castro, es un acto jurisdiccional dentro del proceso de amparo, de eminente carácter proteccionista y antiformalista, cuyo objeto es integrar dentro de la *litis* las omisiones cometidas en las demandas de amparo, para ser tomadas en cuenta al momento de sentenciar, siempre en favor del quejoso y nunca en su perjuicio, con las limitaciones y los requisitos constitucionales conducentes.

La suplencia de la queja deficiente, contraria al principio general de congruencia de las sentencias, puede operar en cualquiera de los siguientes casos: a) amparos de cualquier naturaleza, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la suprema corte de justicia de la nación o cuando se interponga por actos que afecten intereses de menores o incapaces; b) en materia penal cuando haya habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, o cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso; c) en materia del trabajo (sólo tratándose de el trabajador), cuando haya

habido en contra de esta parte una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa; y d) en materia agraria, -tratándose de que el quejoso sea un núcleo de población, un ejidatario o un comunero- cuando aparezca una violación manifiesta de sus derechos agrarios sobre tierras y aguas. Cabe señalar que en materia agraria no sólo se suple la queja deficiente, sino igualmente las deficiencias de exposiciones, comparecencias, alegatos y recursos. En esta materia quedaba la duda de si la oficiosidad era obligatoria en toda clase de procedimientos o sólo en algunos de ellos, aclarando esta situación la jurisprudencia de la corte donde al referirse a la "materia agraria" establece que esta es los núcleos o los individuos en particular.

La suplencia del error se refiere a la cita equívoca de los preceptos legales: la suprema corte de justicia de la nación, los tribunales colegiados de circuito y los jueces de distrito, deberán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrán examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

Se pretende recoger los lineamientos modernos del principio que se ha impuesto paulatinamente en los ordenamientos procesales actuales, es decir, el que se expresa con la frase latina *iura novit curia*, de acuerdo con el cual, pero con diversos matices, el juez conoce el derecho y debe aplicarlo aun cuando las partes no lo invoquen correctamente, principio que ha conferido al juez una función creadora y no exclusivamente de aplicación del derecho. Resulta simple distinguir, la suplencia de la queja deficiente, de la suplencia del error. En la suplencia de la queja aparece una omisión total o parcial de un concepto de violación, que para el juez o tribunal de amparo resulta el adecuado para otorgar la protección constitucional pedida, pero que por error, o ignorancia del quejoso o de su abogado no se asentó en la demanda. En cambio en la suplencia del error el concepto de violación existe claramente expuesto, solo que aparece una cita equívoca del artículo constitucional que contiene la garantía individual totalmente precisada, pero erróneamente mencionada. Como ya hemos dicho la constitución de 1917 contenía la suplencia de la queja deficiente, pero sólo la podía utilizar la suprema corte de justicia; a partir de la reforma Alemán de 1950 pueden suplir la deficiencia también los tribunales colegiados y los jueces de distrito.

2. *Facultad de allegarse pruebas*

El juez debe recabar oficiosamente pruebas que no obren en autos, que consten o se hayan rendido ante otra autoridad, si las estima necesarias para la resolución del asunto.

Esta facultad ha sido ampliada a partir de una importante reforma en 1983, ya que con anterioridad era una facultad privativa, en los juicios de amparo que versasen sobre derechos de menores e incapaces. En la actualidad se autoriza a los jueces a recabar de oficio pruebas -sin limitar la facultad a un tipo especial de acciones- que habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos, y las estimara necesarias para el estudio del asunto. Con gran sentido de justicia de manera imperativa el juez debe traer al proceso de amparo aquellas pruebas que estén en los antecedentes pero que por alguna razón no se aportaron por las partes.

En materia agraria es tal la participación del juez que el Dr. Juventino V. Castro lo considera "colitigante del quejoso" debido a su función animadora y reguladora del procedimiento, el que contraviniendo el principio general de *ser tutelador de las*

garantías individuales, se convierte por primera vez en el mundo jurídico, "tutelador de las garantías sociales", como se le conoce a esta clase de juicios. El juez en dichos procedimientos tiene una potestad tal que lo asemeja al de parte, incrementándose sus liberalidades, desde luego siempre en beneficio del afectado por actos de autoridad. La actividad del juez en materia probatoria se enfoca hacia la tendencia de conceder el amparo, pues de otra manera no se entendería la oficiosidad en la consecución de las pruebas en vista de que sin ellas podría sobreeser el juicio o negarse la protección. Aunque estas facultades desvirtúan un tanto la función del juez constitucional, sin embargo considerando el problema social con esta actuación, el juez equilibra la desigualdad de las partes, poniendo en un mismo plano a las responsables frente al quejoso débil. La oficiosidad para allegarse pruebas el juez de distrito es compulsiva en tanto las medidas para mejor proveer son facultativas, por lo que no debemos confundir la una con la otra.

3. *Facultad discrecional para suspender provisionalmente los efectos del acto reclamado*

Cuando el quejoso reclama una injusticia consistente en un acto que de ejecutarse causaría perjuicios irreparables, el juez discrecionalmente puede ordenar a la autoridad ejecutora suspender provisionalmente tal ejecución, hasta en tanto en el estudio del fondo del proceso de amparo resuelva sobre la constitucionalidad del acto o injusticia reclamada.

Sin embargo también cuenta con la potestad de suspender de oficio -llamada también *suspensión de plano*-, aunque no tiene forma de substanciación, ya que el juez de distrito -sin mediar petición de parte-, al inicio del procedimiento, y algunas veces sin saber siquiera si se tramitará el juicio (como en el caso del tercero que promueve por el quejoso) decreta la suspensión en forma definitiva, de manera que perdurara en todo el juicio en sus instancias.

Esta suspensión es sumamente interesante y vincula a la suspensión con las providencias cautelares que es el verdadero origen de nuestra suspensión -aunque el tema es polémico- entre algunos juristas mexicanos, para llegar a esta conclusión.

El otorgamiento de la suspensión oficiosa la concede el juez de distrito sin que previamente exista ninguna gestión del agraviado solicitando su otorgamiento. Se deriva de un acto unilateral de motu proprio de la jurisdicción. En esta suspensión de plano no habrá suspensión provisional ni definitiva sino una sola la oficiosa, con la peculiaridad -además- de que tanto la provisional como la oficiosa podrán ser modificadas o revocadas por el propio juez. La potestad de decidir sobre la suspensión de los actos arbitrarios reviste especial importancia con objeto de preservar la materia del fondo del amparo e impedir que se ejecute el acto de manera irreparable, previendo que la sentencia le sea favorable al quejoso, y la ejecución de la misma factible, porque hay materia donde poder obrar. Si por no suspender el acto, éste se consuma, es evidente que carecería de objeto el análisis posterior sobre la constitucionalidad o legalidad del mismo, porque se estaría anulando totalmente la finalidad del amparo.

La doctrina de las providencias cautelares *periculum in mora*, contiene el principio de la razón por la cual no debe perderse el tiempo en esperar la petición de parte interesada, típica medida de suma emergencia que le da el contenido y naturaleza de la misma. Merece mención especial las particularidades de la suspensión cuando se afecta la libertad personal, destacada en la ley de la materia. En suma las

facultades que el juez de amparo tiene respecto a la paralización de acto quedan a su prudente arbitrio.

"El juez de distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio". Tal y como reza la disposición transcrita, la ley le otorga facultades extraordinarias al juez, sin embargo -esas facultades quedan a su arbitrio-, las medidas pertinentes, lo que implica la libertad de actuar no siempre en observancia de la jurisprudencia anterior, ya que con criterio independiente puede originar que el tribunal esté creando nueva jurisprudencia; con total facultad de actuar el juez obra para dictar todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, en algunos casos, inclusive al decretar la suspensión de plano en estos casos el juez -sin importar hora, o fecha-, tomará las medidas que estime pertinentes para que cesen de inmediato los efectos del acto reclamado, ordenando la notificación inmediata a las responsables, no al día siguiente o dentro del término que todo juzgador tiene para dictar sus proveídos, sino de inmediato, es decir, en el mismo instante en que por conducto del secretario en turno (a quien se le haya presentado la demanda de amparo en el domicilio de éste, en cualquier momento fuera del horario del despacho), lo que implica un gran potencial de facultades, las que a discreción podrá el juez aplicar en su función jurisdiccional. El juez, a petición del quejoso -con efectos restitutorios que sólo se contienen en la sentencia- decreta la suspensión de los actos, en algunos casos como la orden de clausura, la que genera un estado de clausura del giro mercantil o de obra en construcción, dicho estado implica una situación continua susceptible de suspenderse para que la clausura no continúe.

4. *Principio de la prosecución judicial en el amparo*

"Los jueces de distrito cuidarán de que los juicios de amparo no queden paralizados, proveyendo lo que corresponda hasta dictar sentencia, salvo los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario" principio observado tanto por la suprema corte de justicia funcionando en pleno, como a por las salas de la suprema corte y tribunales colegiados de circuito .

Lo anterior pone de manifiesto que en materia de amparo en México predomina el principio inquisitivo, sobre el dispositivo de las partes, conformándose así un proceso dentro del cual el impulso oficial en la continuidad de los procedimientos está a cargo de los jueces y tribunales de amparo, en primer término porque la violación de garantías constitucionales importa gravemente al orden jurídico constitucional, independientemente de que su falta de respeto se traduce en la mayoría de las ocasiones, en una lesión de los derechos del individuo, a cuya iniciativa única puede abrirse el proceso, pero a partir de ese momento incumbe a la jurisdicción federal activarlo, clarificarlo, hasta llegar a una resolución definitiva sobre la controversia constitucional planteada.

III. MARCO JURIDICO

La actuación del juez la norman la constitución federal, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107: "ley de amparo", la ley orgánica del poder judicial de la federación y la jurisprudencia; la actuación jurisdiccional se amplía substancialmente por

el alcance que la misma les ha concedido a los artículos 14 y 16 de la carta fundamental.

Resulta relevante determinar lo que entendemos por jurisprudencia en general, considerando la idea en su acepción genérica. la definición romana de Ulpiano nos dice que "es la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto".

Sin embargo en su aspecto positivo-jurisdiccional, se traduce en las consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones jurídicas que hace una autoridad judicial en un sentido uniforme e ininterrumpido, en relación con cierto número de casos concretos semejantes que se presentan a su conocimiento, para resolver un punto de derecho determinado.

El doctor Ignacio Burgoa O. afirma: "*La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las autoridades y que expresamente señale la ley.*"

Tradicionalmente en México, en el ámbito de la justicia federal, el único órgano capacitado para sentar jurisprudencia era la suprema corte de justicia de la nación. Sin embargo a partir de las reformas de 1967 y 1987 se concede esta facultad también a los tribunales colegiados de circuito, los que se convirtieron en pequeñas cortes, sin que pueda la suprema corte revisar en ninguna instancia judicial las tesis sustentadas, salvo cuando existe contradicción entre dos o mas tesis -previa denuncia de la misma, la corte debe decidir cuál de ellas prevalecerá.

La uniformidad en el sentido interpretativo y considerativo en la resolución de los amparos concretos de que conozca la suprema corte, para que constituya jurisprudencia, requiere dos condiciones legales: a) cinco ejecutorias o sentencias no interrumpidas por otra en contrario; y b) que éstas hayan sido aprobadas por un número determinado de ministros según esté funcionando en pleno o por salas.

La obligatoriedad de la jurisprudencia para todos los tribunales judiciales federales, locales, administrativos o del trabajo y militares, es relativa en lo que ve a los tribunales colegiados de circuito y a las salas de la suprema corte, ya que se autorizó interrumpir la jurisprudencia de las salas a partir de la fecha en la que se efectuaron reformas (1987).

Si bien la jurisprudencia es obligatoria para la suprema corte, ello no significa que no pueda modificarla, ya que corresponde a la naturaleza misma de la actividad jurisprudencial el atributo de su propia evolución, para adoptar las normas jurídicas de por sí rígidas, a la dinámica del derecho.

El elemento o presupuesto esencial para la formación de jurisprudencia es evidentemente el arbitrio judicial: facultad que tiene el juzgador, inherente a las funciones jurisdiccionales esenciales, consistente en colmar las lagunas del derecho positivo, aclarar las contradicciones reales y aparentes que existen entre las normas jurídicas escritas, en una palabra en interpretar científicamente y humanamente la ley. El juez de distrito no es un autómatas que aplica ciegamente la ley, es el más importante funcionario dentro de un régimen jurisdiccional como el nuestro, encarna a individuos de alto valor moral e intelectual, y sus decisiones están impregnadas de sentido humanitario que atemperan el rigor del derecho.

La jurisprudencia a partir de 1950, se elevó en el artículo 107 constitucional al rango de fuente del derecho. Sin embargo no es medio creador de normas formalmente legales, sino conducto de fijación del sentido de la razón de una ley preestablecida, de donde se infiere que la jurisprudencia no es autónoma, no tiene existencia por sí, sino que su validez en un régimen jurídico escrito, como el nuestro, depende de que positivamente sea un medio interpretativo e integrativo de normas legales preestablecidas. No puede haber jurisprudencia sin ley; la ley sin interpretación mediante un sistema científico y humano es casi siempre injusta; la interpretación de la norma escrita es exclusiva facultad del poder judicial federal. La actuación jurisdiccional del juez de distrito es vital, por ser además la mejor y única posibilidad de justicia.

Como ya dijimos, el juicio de amparo es instrumento de control de legalidad de toda la constitución y normas secundarias en virtud del alcance que la jurisprudencia les concedió a los artículos 14 y 16 constitucionales.

Artículo 14 segundo párrafo: "*Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*".

Consagra un conjunto de derechos a favor de todo habitante permanente o transitorio, de la república (hombre, mujer, menor o adulto, nacional o extranjero, individuo o persona moral):

- a) La existencia de un juicio previo a todo acto de autoridad, es decir, una controversia sometida a la consideración de un órgano del Estado -no necesariamente judicial-, ante el cual el afectado tenga oportunidad de controvertir tales actos, contestando demanda, aportando pruebas, formulando alegatos, en suma oponiéndose a los mismos.
- b) Que el juicio sea ante una autoridad o tribunal ya existente, es decir, ante un Órgano del Estado, previamente establecido que esté facultado para declarar lo que la ley señala en el caso de que se trate;
- c) Que se cumpla con el procedimiento, es decir, con las formalidades y trámites legislativos o judiciales, según el caso;
- d) Que todo lo anterior se encuentre previsto en las leyes vigentes. Consagra pues, dos garantías: de Audiencia y de Legalidad. Si los cuatro conceptos precisados son bien entendidos como afirma el maestro Alfonso Noriega "estariamos elaborando una verdadera teoría de la garantía de Audiencia y de Legalidad".

Aunque en la Ley de Amparo de 1869 (artículo 8) se prohibió el Amparo en negocios judiciales; las leyes de amparo posteriores no incluyeron dicha improcedencia, para que posteriormente se estableciera la práctica de ordenar se extendiera la garantía de audiencia a toda clase de actos, aun los efectuados fuera de procedimiento judicial, debido a que las tesis Jurisprudenciales se venían sucediendo en ese sentido.

No podemos separar el artículo 14 precitado del diverso 16 Constitucional, toda vez que este último es por excelencia el precepto constitucional que consagra las Garantías de legalidad, por lo que numerosos estudiosos del Amparo, estiman que los artículos 14 y 16 constitucionales son como hermanos siameses, que no pueden ni deben estudiarse separadamente, dado que están íntimamente unidos, ya que el 14 habla del acto de privación en bienes jurídicos, y el 16 habla de acto de molestia y sus requisitos para que éste sea constitucional, por ende, si el acto de privación se

surte, el acto de molestia lo contiene, y si a la inversa se estudia un acto de molestia éste puede de manera cierta e inminente convertirse en un acto de privación.

El artículo 16 constitucional en su primera parte establece: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

Como antecedente teníamos la experiencia de que durante siglos, el capricho del gobernante fue la medida de las molestias causadas a los particulares; en otras épocas bastaba la simple orden verbal de alguna autoridad para perturbar e incluso encarcelar a personas sin existir ningún motivo fundado. Los atentados a la familia, las violaciones de domicilios, las agresiones a las posesiones, sin haber una causa legítima, se sucedieron por mucho tiempo.

Con el fin de evitar el abuso del poder público, la constitución de 1917 ratificó algunas de las disposiciones recogidas en las anteriores -decreto constitucional de Apatzingan y las constituciones de 1824 y 1857- e introdujo otras que pueden considerarse verdaderos triunfos de la revolución mexicana".

La garantía consignada en la primera parte de este artículo, así como las que establece el 14, son la base sobre las que descansa el procedimiento judicial protector de los derechos del hombre (juicio de amparo). Es absoluta la prohibición de ocasionar molestias a las personas, a sus familias (derechos familiares), papeles o posesiones si no es con una orden escrita, fundada en derecho y motivada por los hechos, entendiéndose por fundamentación no la simple cita de los preceptos legales, sino la cita exacta de los preceptos aplicables al caso y por motivación el razonamiento lógico-jurídico del porqué de la aplicabilidad de los preceptos en cita-. Deberá además el mandamiento escrito haber sido expedido por una autoridad que de acuerdo con la ley en vigor tenga facultades expresas para realizar esos actos.

IV. EL MARCO DISCRECIONAL

Este juez constitucional, con facultades que la ley y más ampliamente la jurisprudencia le han concedido, hacen cercana y objetiva la relación entre el derecho y la justicia, al obtener como resultado en sentencia, la nulidad del acto violatorio de garantías, restituyendo al quejoso en el goce de sus derechos violados o evitando que actos inminentes de autoridad arbitrarios e inconstitucionales afecten la esfera jurídica de la persona, física o social.

Cualquier acto de autoridad que viole garantías individuales va contra el principio de equidad y justicia, el Juez al dictar Sentencia en el Juicio de Garantías, Amparando al quejoso evita la injusticia, la inequidad. Las normas que debe aplicar en su gran parte han sido resultado de la Jurisprudencia que formada por el propio poder Judicial Federal va interpretando la norma secundaria o constitucional, en una labor no sólo jurisdiccional sino eminentemente creativa labor de Jurista, que es crear el derecho mediante un método científico-jurídico de interpretación, de manera que el derecho no lo constriñe para hacer Justicia, sino que le faculta para actuar según su prudente arbitrio; y aunque el Tribunal Constitucional en México es un Tribunal de Nulidad, los actos futuros deberá ajustarlos la responsable a la norma constitucional inobservada o violada.

El Juez juzga con arreglo al fin que se propone. El fin de su análisis y estudio constitucional del acto de autoridad es lo que caracteriza al acto como justo o injusto.

to. Lo justo es la medida de lo práctico, es decir, de la acción; la verdad es la medida de lo teórico, es decir, de la percepción. Justo es la concordancia de la voluntad con lo que debe ser; verdad la de la concepción con lo que es. Así la norma constitucional, la petición de amparo del afectado y la interpretación de la norma que con antelación ha efectuado el Poder Judicial Federal (Jurisprudencia) se conjugan siendo para llegar a ser justos, interpretando la norma al caso concreto en una labor creativa y humana.

La sentencia que resuelve un conflicto constitucional la dicta el juez considerando dos elementos: el positivo, que implica el reconocimiento del derecho del quejoso a las actividades que las garantías constitucionales le consagran, así como al beneficio del reconocimiento evitando la inminente ejecución del acto arbitrario y en su caso la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación de garantías. Y el negativo que implica el sentimiento consciente de los límites que imponen otras personas que gozan de derechos análogos.

Formalmente no puede el Juez Federal substituir al Juez del fuero Común o a cualquier autoridad federal o estatal correspondiente; sin embargo su declaratoria de Inconstitucionalidad del acto reclamado, obliga a la responsable a dictar un nuevo acto, en forma y términos generalmente precisados en los considerandos correspondientes, surtiéndose la finalidad deseada, evitar la injusticia, bien restituyendo al quejoso al estado en que se encontraba antes de la violación de garantías (si el acto fuese positivo), bien obligando a la Autoridad Responsable a actuar o ejecutar la omisión que afecta al quejoso.

En general la Ley de Amparo, -perfectible desde luego- contiene prescripciones sencillas, universales, para el conocimiento de todos no escondidas en el prolijo aparato de los libros doctos, de colecciones de decisiones discordes por los juicios y las opiniones, de costumbres, etcétera, y aun más un lenguaje simple y llano de suerte que el conocimiento del juicio de amparo no es sólo accesible a aquellos que se han adoctrinado en él, sino para todos los interesados.

V. CONCLUSION

El juez encargado de reconocer el derecho de cada hombre a las actividades libres de toda traba, con sus beneficios consiguientes, con el sentimiento consciente de los límites que imponen la presencia de otros hombres con derechos análogos, hace justicia. Como los Pretores Romanos, crea, no precisamente fórmulas de acción -*ex bona fide*-, pero en cambio sí una interpretación de las lagunas y omisiones de la norma con procedimientos científicos y humanos acordes al tiempo que vivimos. La Jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, armonizan en un marco dinámico y humano; el quejoso seguro de que se le amparará, restituyéndolo en el goce de sus garantías violadas, acude al juez haciendo valer los derechos subjetivos públicos, confiado en que el juzgador en uso de sus potestades, a veces inquisitivo, a veces flexible sin apartarse del marco de legalidad, puede libremente decidir algunas cuestiones fundamentales hasta lograr su objetivo: restituir al quejoso en el goce de sus garantías o libertades violadas.

"Es verdad que en las democracias el pueblo, aparentemente hace lo que quiere; mas no consiste la libertad política en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa

que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse".

Así el Juez de Distrito, con fundamento constitucional y facultades extraordinarias que le dotan de liberalidades en su actuación, hace justicia. No es perfecto, *pero es el mejor porque es el que tenemos ahora*. quien además nos anima a creer que *el Derecho y la Justicia son uno y están íntimos*.

"Es necesario distinguir lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten: omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus (Cicerón) "Si, cuanto más sometidos estemos a las leyes más libres somos; pero eso será cuando las leyes sean iguales para todos, cuando se apliquen a todos igualmente, lo que jamás se ha visto desde que existen leyes en el mundo. Si, la sentencia ciceroniana es cierta cuando las leyes sean justas; pero hay leyes que son trabas, que fundan privilegios, que amparan injusticias".

Y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder. (MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, pág. 186).

Nuestra actualidad, de muchas e injustas leyes, resulta trascendental la intervención del Juez de Distrito en Amparo mexicano, con el marco jurídico y discrecional ya expuesto, a fin de destrabar leyes, quitar privilegios para unos cuantos y evitar injusticias; sin embargo esta discrecionalidad deberá siempre ajustarse al marco y principio de legalidad imperante, y así evitar excesos de poder, como de manera excepcional lo dice Carlos de Secondat, Barón de la Bréde y de Montesquieu en su monumental obra ya citada: "*Del Espíritu de las Leyes*", pág. 186:

"y nos ha enseñado una experiencia eterna, que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¿Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada. Para que no abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una Constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe".

BIBLIOGRAFIA

- El juicio de amparo*, de Ignacio BURGOA ORIHUELA, Trigesimaprimer edición. Editorial Porrúa S. A. México. 1994.
- Garantías y Amparo*, de Juventino V. CASTRO. Quinta Edición, Editorial Porrúa S. A. , México 1986.
- Mexicano: ésta es tu Constitución*, de Emilio O. RABASA y Gloria CABALLERO. Novena Edición, México 1994; Editorial Miguel Angel Porrúa.
- Derecho Constitucional Aplicado a la Especialización en Amparo*, de Jorge REYES TAYABAS. Segunda Edición, México 1993, Editorial Themis S. A. de C. V.
- Nueva Legislación de Amparo Reformada*, de Alberto TRUEBA URBINA y Jorge TRUEBA BARRERA, Editorial Porrúa, S. A. , México 1996.
- Filosofía del Derecho*, de Guillermo Federico HEGEL. Primera Reimpresión (a la cuarta edición) 1987. Editorial Claridad S. A. Argentina.
- La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo*. Juventino V. CASTRO. Editorial Porrúa S. A. Primera Edición 1991. México.

Del Espíritu de las Leyes, de MONTESQUIEU. Traducción directa del francés por Nicolás Estévez. Editorial Heliasta S. R. L., sexta edición 1984, Argentina.

La Justicia, de Herbert SPENCER traducción directa del inglés por Pedro Forcadeil. Editorial Heliasta S. R. L. Primera Edición 1978, Buenos Aires, Argentina.