

Una reflexión analítico-propositiva sobre los medios de control constitucional vía judicial: Referencia a los casos de España, Estados Unidos y México

José Faustino Arango Escámez*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipos de medios de control constitucional vía judicial*. III. *Caso español*. IV. *Caso norteamericano*. V. *Caso mexicano*. VI. *Esquema comparativo*. VII. *Propuestas para mejorar el control constitucional vía judicial*. *Conclusiones*. *Referencias*.

I. Introducción

La permanencia del Poder Judicial, como parte de un sistema jurídico-político o estructura organizacional en la detentación de la potestad estatal, ha sido constante y considerable desde su nacimiento, primero como función, es decir, como actividad jurisdiccional o de juzgamiento, y luego como órgano del Estado, esto es, conformándose estructuras e instituciones de esa índole en los distintos países para lograr el respeto a la justicia, y por ende, al mantenimiento del Estado.

Esto no ha sido obra de la casualidad, o del simple transcurso del tiempo, sino que es resultado de la evolución de la sociedad como tal en cuanto a su relación con el Estado, así como de la regulación jurídica tanto en los textos constitucionales, como en los legales, reconociéndose al Poder Judicial, en principio, como parte integrante y conformadora de un sistema jurídico-político, y también, como ente regulador y de equilibrio entre los otros dos entes decisorios, esto es, los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Basta recordar que cuando el hombre comenzó a ejercer el poder bajo reglas de organización y estructura, la función judicial se depositaba en el monarca, quien podía delegarla en sus colaboradores. Posteriormente, ante el surgimiento de los parlamentos, y por ende, de los gobiernos de esa naturaleza, comienza el

* Juez Décimo Primero de Distrito en el Estado de Veracruz.

ejercicio de la función de juzgar por parte de estos órganos de carácter legislativo. Finalmente, se conforma una estructura judicial propia, independiente y autónoma, dando origen a un nuevo poder constituido, plasmado en textos constitucionales, lo que da lugar, a su vez, a la existencia de instituciones integradas por juzgadores quienes son encargados ahora de desempeñar la labor jurisdiccional.

La idea de contar con un ente estatal encargado de dirimir los conflictos, se consolidó también gracias a las ideas de Carlos Luis de Secondat, Barón de la Bréde y de Montesquieu, quien desarrolló la teoría de la división de poderes, criticada en la actualidad en cuanto a su denominación, dado que se sostiene su inexactitud “en atención a que de lo que se pretende hablar es de la distribución de funciones o competencias. Pero suponiendo que el poder público fuera susceptible de dividirse, entonces habría una división del poder, mas no de poderes”.¹

Así, desde antaño se hizo patente la necesidad de juzgar los conflictos derivados de la convivencia social, con independencia de quien llevara a cabo esa tarea, y si bien en un inicio el Poder Judicial no tuvo la misma fuerza que la de los otros poderes, ello ha cambiado en la actualidad, destacando ahora la importancia que detenta la judicatura en un Estado moderno, social y democrático de Derecho.

Lo anterior, pues la función de juzgar es tan antigua como el derecho en sí mismo, de ahí la necesidad de conformar un tercer poder constituido, reconocido a rango constitucional, para encargarse de esa labor; por ello, puede decirse que el Poder Judicial “fue creado para que asumiera la potestad jurisdiccional. Es decir, para que resolviera los conflictos y contiendas, para que interpretara la ley. Esta potestad implica resolver litigios con sujeción a la ley y el derecho; ejecutar lo juzgado y tener sobre esa ejecución el control último de las resoluciones”.²

Así, el Estado que a nivel constitucional se funda sobre esta idea de separación de poderes o funciones, reconoce que la actividad estatal ordinaria será dividida para su mejor ejercicio, y una parte importante de esa actividad, es la de resolver los conflictos que pudieran suscitarse en la aplicación e interpretación de las leyes, de ahí la necesidad de que exista un ente encargado de tales labores, como en la actualidad es el Poder Judicial.

Es interesante acudir a los países de España, Estados Unidos y México, si se toman en consideración las diferentes tradiciones jurídicas sobre las que descansa la labor judicial en unos y otros, dado que “la función del juez es producto de tradiciones jurídicas, políticas y socioeconómicas muy diferentes en cada país, y esta

¹ Carranco, Joel, *Poder Judicial*, Porrúa, México, 2000, p. 4.

² Cárdenas, Jaime, *Una Constitución para la democracia, propuestas para un nuevo orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996, p. 159.

diferencia se hace más evidente entre los jueces que pertenecen a países de la familia del *common law* o derecho común y los de los países con un sistema de justicia romano-canónico o de derecho civil (*civil law*)”.³

Así, para conocer a los poderes judiciales específicamente en los casos mexicano, español y norteamericano, se estima necesario apelar preponderantemente a sus bases jurídicas constitucionales y legales; a su estructura o composición; y a los modelos de control constitucional, vía judicial, que imperan y fueron adoptados en tales países en virtud de ciertos acontecimientos históricos.

II. Tipos de medios de control constitucional vía judicial

1. *El modelo de control constitucional austriaco*

El modelo de control constitucional austriaco se encuentra en el extremo opuesto al modelo americano que se abordará en un subsecuente apartado. Este modelo austriaco surge del jurista Hans Kelsen, cuya influencia, en inicio, repercutió sólo en Europa continental, y posteriormente, también en algunos países de América Latina.

La característica esencial es que el control constitucional, aunque también se hace vía judicial, no se realiza por un órgano perteneciente al Poder Judicial constituido, sino a través de un ente diverso, esto es, una Corte Constitucional que no pertenece al Poder Judicial, creada *ex profeso* para conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, realizando una función reparadora que se traduce en que cuando las normas ordinarias atentan contra la suprema, la declaración de dicha Corte sí tiene efectos generales, no sólo materiales —como en el caso norteamericano—, sino también formales, que producen su exclusión del orden jurídico, estableciéndose un control concentrado.

Esta Corte Constitucional que opera en torno al modelo austriaco, surge en 1920 en Austria, como se dijo, en virtud de las ideas de Hans Kelsen, y es independiente del Poder Judicial. Puede declarar, bajo procedimientos especiales y diferentes, la inconstitucionalidad tanto de leyes, como de reglamentos y tratados.

Para realizar este control concentrado, la Corte Constitucional puede utilizar una vía conocida como prejudicial —que como se verá, se adoptó por España—, la cual le permite examinar si la norma aplicable en un procedimiento judicial se encuentra confeccionada de conformidad con la Constitución, careciendo de relevancia la repercusión que para las partes en litigio tenga el fallo, pues el fin medular es que el orden jurídico permanezca sano. La autoridad judicial elevará

³ Bégne, Cristina, *Jueces y democracia en México*, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 44.

ante la Corte Constitucional el conocimiento de la norma que debe aplicar en el proceso concreto ante la simple duda de su inconstitucionalidad, no requiriéndose la instancia de parte agraviada para que el procedimiento de control inicie.

Es interesante señalar que el fallo de la Corte Constitucional que anule una ley, obliga a todas las autoridades a seguir el criterio jurídico contenido en el razonamiento de esa sentencia, al momento de emitir una nueva disposición. También, el fallo puede condenar a la autoridad responsable o establecer la obligación a cargo de cualquier otra autoridad administrativa, de reparar la situación jurídica del sujeto afectado, así como el cuidado de la ejecución de la sentencia cuando ésta sea condenatoria.

En ese tenor, no cabe duda de que una de las características importantes, y que se tornan relevantes sobre este modelo, es la atinente a los efectos *erga omnes* de la declaratoria general de inconstitucionalidad; cuando la Corte Constitucional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o tratado, tal declaración produce la desaparición de la norma que atenta contra los principios de la Carta Suprema, por tener la declaración relativa esos efectos generales. De este modo, los efectos de dicha declaración general equivalen a la abrogación de la ley del orden jurídico, operando hacia el futuro, sin destruir situación jurídica concreta habida bajo la vigencia de la ley de que se trate.

Finalmente, en relación con este modelo austriaco, es interesante señalar que la Corte Constitucional tiene también facultades en materia legislativa y otras de índole no jurisdiccional, como conocer del control preventivo de las normas y competencias de las autoridades administrativas para crear actos individuales y concretos de imperio, o bien, conocer de las elecciones públicas y el *referéndum*, así como de iniciativas populares para crear leyes, entre otras.

2. *El modelo de control constitucional americano*

El modelo de control constitucional jurisdiccional americano se caracteriza por ser preponderantemente difuso, debido a que provoca la desaplicación por parte de las autoridades judiciales, de los preceptos que sean declarados como contrarios a los principios de la Carta Fundamental, lo que trae como consecuencia su inobservancia, y la posibilidad de que por virtud de la aplicación del principio denominado *stare decisis* — que se abordará más adelante —, cualquier afectado por la ley de que se trate, se pueda acoger al criterio de la Corte, invocando el criterio del Tribunal Supremo para que a este particular no se le aplique la norma, aun cuando continúe su vigencia.

Así, este modelo realiza el control de la constitucionalidad a través de los órganos jurisdiccionales, y por vía de excepción, ante cualquier autoridad judicial, de ahí que se le atribuye a este control el carácter esencialmente difuso, es decir, en virtud del principio de supremacía constitucional, las autoridades judiciales deben ajustar sus fallos a los preceptos de la ley fundamental, de tal manera que todos los jueces, y no sólo algunos, están facultados para declarar, en un juicio específico, la inaplicabilidad de la legislación ordinaria.

En cuanto a los efectos de la decisión de la Suprema Corte en este modelo de control constitucional norteamericano, cabe destacar que la declaratoria de inconstitucionalidad es de carácter formal, pues sólo se refiere a las partes que intervinieron en la controversia, aunque materialmente tiene mayores alcances por el principio de *stare decisis* que se abordará más adelante.

III. Caso español

1. *Sus bases jurídicas*

Para hablar de las bases jurídicas del Poder Judicial en España, es menester traer a referencia, tanto el ámbito constitucional, como el legal. En cuanto al texto constitucional, es necesario hacer algunas consideraciones en torno a la actual Constitución Española.

En principio, conviene destacar que en el caso de España, la Constitución Española es relativamente reciente, dado que detenta vigencia desde 1978, a partir de la caída del régimen franquista.

Esta norma constitucional resulta progresista y moderna, atendiendo a su reciente vigencia, de ahí que se sostenga que “la Constitución de 1978, desde una perspectiva material, ordena los elementos fundamentales de la estructura política del Estado, [...] y también dentro de la tradición constitucionalista, lleva a cabo esa ordenación, desde la perspectiva formal, mediante un texto legal único al que se le confiere especial rigidez [...] No obstante, la Constitución de 1978, supone una cierta innovación en el constitucionalismo español”.⁴

Así, el caso de España es interesante dada la modernidad de su norma suprema, en donde el ámbito jurisdiccional no es la excepción, pues tal texto constitucional define las instituciones fundamentales del sistema del Estado español, entre las que se encuentra la relativa al Poder Judicial.

⁴ López, Luis *et. al*, *Manuales de Derecho Constitucional*, vol. 1., Tirant Lo Blanch. España, 2003, p. 20.

La Constitución Española contempla lo relativo al Poder Judicial dentro del Título VI, específicamente en los artículos del 117 al 127. Es relevante destacar el contenido del primero de esos numerales en donde se refuerza la idea de la soberanía del pueblo español al señalarse que la justicia emana de los españoles, pero administrada por jueces y magistrados quienes además lo hacen en nombre del Rey, por aquello de que España detenta una monarquía parlamentaria como forma de gobierno a nivel constitucional, según el dispositivo 1.3 de la Constitución de ese país.

Al existir un monarca, la justicia que imparten los juzgadores se hace en nombre de un Rey. El Poder Judicial es único, al existir sólo una norma constitucional.

En España existe un Tribunal Supremo que es la máxima autoridad judicial dentro del poder constituido en comento, existiendo por supuesto diversos juzgados y tribunales que jerárquicamente se encuentran por debajo de ese máximo ente jurisdiccional, existiendo también un Consejo General del Poder Judicial.

Otro punto a destacar es que en la Constitución Española, específicamente en el apartado del Poder Judicial, no se habla de los medios de control constitucional como el recurso de amparo, lo que se explica dado que en España, esta tarea está reservada al Tribunal Constitucional que es ajeno al Poder Judicial.

En cuanto a la base jurídica legal del Poder Judicial español, conviene traer a referencia la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese país, dado que es el principal ordenamiento legal que regula la estructura, organización y funcionamiento de ese poder constitucionalmente constituido.

Así, el Poder Judicial español se conforma por los siguientes órganos:

1. Juzgados de Paz;
2. Juzgados unipersonales de instrucción, de primera instancia civil, de lo social, de lo contencioso administrativo y especializados —estos últimos, a su vez, de violencia sobre la mujer, de menores, de vigilancia penitenciaria, de ejecución de penas, de lo familiar y de lo mercantil—;
3. 54 Audiencias Provinciales;
4. 17 Tribunales Superiores de Justicia (Salas Civil y Penal, Contenciosa Administrativa y, Social);
5. Audiencia Nacional, y
6. El Tribunal Supremo.

Como se ve, en España existen diversos órganos jurisdiccionales, algunos denominados juzgados o tribunales y otros audiencias, destacando que España se organiza territorialmente, para efectos judiciales, en municipios, provincias y comunidades autónomas, siendo estas últimas en donde se localizan los Tribunales Superiores de Justicia, pero conformándose un solo Poder Judicial como institución.

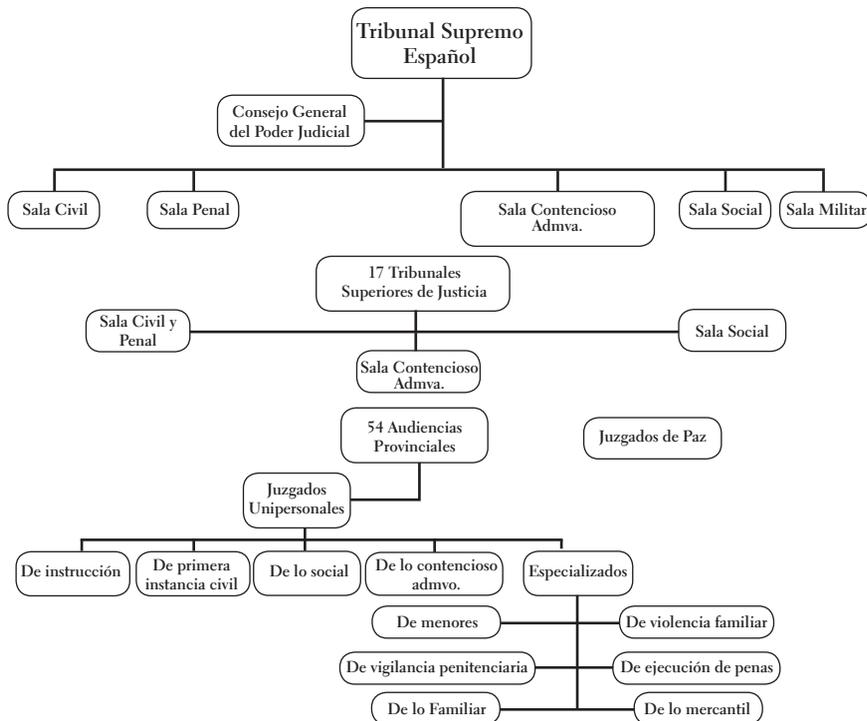
Así, la organización y circunscripción territorial de los órganos que integran el Poder Judicial en España responde a la división territorial del Estado español, conformado por los referidos municipios, provincias y comunidades autónomas, existiendo un Tribunal Supremo como ente jurisdiccional de superioridad jerárquica.

El Tribunal Supremo se encuentra integrado por cinco Salas, en las materias Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar, limitándose su competencia al ámbito de la legalidad, pues, como se ha dicho, lo atinente a la constitucionalidad corresponde a un órgano ajeno creado *ex profeso*, como lo es el Tribunal Constitucional.

En cuanto a otros ordenamientos que regulan las bases jurídico legales en relación con el Poder Judicial español, se tienen la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley Orgánica reguladora del Procedimiento “Habeas Corpus”; la Ley Orgánica de reforma a la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, entre otras.

Para ilustrar la estructura del Poder Judicial de España, se tiene este diagrama:

Diagrama 1



Fuera de jurisdicción, existen los entes siguientes:

- a) Tribunal Constitucional.
- b) Audiencia Nacional (órgano especializado en delitos de narcotráfico y terrorismo).

Así, también existe un Tribunal Constitucional en España; sin embargo, como ya se expuso, y no obstante su función materialmente jurisdiccional es un órgano ajeno al Poder Judicial Español, significándose que el Consejo General del Poder Judicial es un ente administrativo y no con funciones de índole jurisdiccional.

2. Influencia del modelo de control constitucional austriaco en España

La primera recepción de este modelo por parte de España, se materializó en la Constitución de 1931, con la creación del denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales”, aunque con algunas deficiencias, siendo implementado en el continente europeo, de una forma más plena y eficaz, en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, de ahí que España, al incorporar este modelo de control concentrado en la actual Constitución Española de 1978, pudo hacerlo de una manera más sólida.

Para evidenciar la influencia del modelo austriaco en el control constitucional dentro del caso español, conviene hacer algunas consideraciones en torno al Tribunal Constitucional de España.

Me parece importante indicar, de entrada, que a pesar de que el citado Tribunal Constitucional español, como se ha dicho, no pertenece a la estructura del Poder Judicial de España, como poder constitucionalmente constituido, sí detenta un reconocimiento en la norma suprema española, específicamente en los artículos del 159 al 165, previéndose en este último, la existencia de una ley orgánica de ese Tribunal, a efecto de regular su funcionamiento, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

Además, dicho Tribunal encarna una auténtica jurisdicción, aunque por sus funciones no se encuentre en el seno del Poder Judicial. Este carácter jurisdiccional implica la independencia del Tribunal como órgano, el cual se somete exclusivamente a la Constitución Española y la ley orgánica que lo regula.

El hecho de que el Tribunal Constitucional esté conferido en cuanto a su nacimiento en la propia norma suprema de España, revela que la jurisdicción constitucional de ese país adoptó el modelo austriaco de control concentrado, pues sólo dicho órgano jurisdiccional, y ningún otro, puede declarar la inconstitucionalidad de las normas, lo que constituye la nota más distintiva de la adopción

del mencionado modelo en el caso español, pues el control difuso de constitucionalidad que se emplea, como se verá, principalmente en los Estados Unidos de América, a través de la *judicial review* o *judicial review of legislation*, es completamente ajeno a la aludida característica.

Conviene aclarar que aun cuando el Tribunal Constitucional en España es el único órgano legitimado para declarar la inconstitucionalidad de las normas e intérprete supremo de la Constitución, ello no implica que en el Estado español sólo el aludido Tribunal deba aplicar e interpretar la Constitución, pues ésta, entendida como ordenamiento jurídico, y de conformidad con lo dispuesto en su propio artículo 9.1, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos, entre los que se encuentra el Poder Judicial de España. De este modo, los órganos jurisdiccionales de cualquier orden, aplican e interpretan en su actividad cotidiana el texto constitucional, siendo el citado Tribunal Constitucional, quien se encarga de unificar los criterios.

En ese orden de ideas, es patente la influencia del modelo de control constitucional austriaco, tratándose del caso español, pues en España se instituyó en un solo ente, como lo es el Tribunal Constitucional, para realizar la labor jurisdiccional, aunque ajena a la estructura del Poder Judicial de ese país, en cuanto a la tutela, salvaguarda y respeto de la Constitución Española, lo que precisamente constituye un control concentrado del cual Kelsen, el fundador del aludido modelo austriaco, consideraba que era la mejor vía para velar por que el texto constitucional, como norma suprema, no se demeritara.

3. La revisión prejudicial o “cuestión de inconstitucionalidad”

Como se anunció en el apartado anterior, en España se adoptó el modelo de control constitucional austriaco, el cual, como se vio, es de carácter concentrado, y una de sus peculiaridades es precisamente efectuar el control de las normas vía judicial de manera preventiva, para lo cual el Estado español, se ha valido de lo que se denomina “cuestión de inconstitucionalidad”, o en el coloquio judicial la revisión prejudicial.

Esta “cuestión de inconstitucionalidad” que se prevé en España deriva de lo dispuesto en el numeral 163 de la Constitución Española,⁵ en donde se regula al Tribunal Constitucional, y en la Ley Orgánica de dicho Tribunal, específicamente en sus artículos del 35 al 37, en donde se estatuyen los lineamientos a seguir

⁵ Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

en torno a su desarrollo, los cuales se encuentran en el Título II “De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, dentro del capítulo III “De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales”.

Así, a nivel constitucional se prevé la posibilidad, como ya se sostuvo en un apartado anterior, que una autoridad judicial plantee ante el Tribunal Constitucional de España la referida “cuestión de inconstitucionalidad”, a efecto de que tal órgano de control constitucional pueda examinar si la norma aplicable en un procedimiento judicial se encuentra ajustada a la Constitución, es decir, el ente del Poder Judicial español elevará ante el mencionado Tribunal Constitucional el conocimiento de la norma que debe aplicar en el proceso concreto ante la simple duda de su inconstitucionalidad.

Esta “cuestión de inconstitucionalidad”, la cual se lleva a cabo como control posterior de la constitucionalidad, pues se ejercita por la autoridad judicial y la conoce el Tribunal Constitucional una vez que la ley fue promulgada, y por ende está incorporada al ordenamiento jurídico, siendo lo relevante que dicho Tribunal Constitucional puede ejercer el control en comento antes de que la norma sea aplicada, es decir, aun cuando no se materializa antes de su vigencia, sí puede evitarse su aplicación en el procedimiento judicial de que se trate; dicho de otro modo, no espera a que se aplique el supuesto normativo, sino que lo desarrolla antes de que eso ocurra.

En ese orden de ideas, la “cuestión de inconstitucionalidad” en España constituye un medio o un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución, según lo marca el numeral 117.1 de la norma suprema, pues en ese país los jueces españoles no pueden negarse a aplicar una ley si la consideran inconstitucional, sino que deberán plantear ante el Tribunal Constitucional la aludida “cuestión de inconstitucionalidad”.

De este modo, la figura en examen fue prevista para ayudar al juzgador en su labor cotidiana, pues aun cuando aquél no puede desaplicar la norma que considere contraria a la Constitución, por existir un órgano que en España detenta el monopolio de esa facultad, sí podrá hacer uso del instrumento en análisis ante el aludido órgano —el Tribunal Constitucional—, a efecto de dilucidar si la norma en cuestión y que deberá regir el sentido en la decisión de una litis dentro de un procedimiento judicial determinado se ajusta o se aparta de la Constitución Española.

Para concluir, sólo resulta importante destacar la colaboración que entraña esta figura en el caso de España, entre los órganos conformadores del Poder Judicial español y el Tribunal Constitucional, pues el instrumento en comentario no podría operar sin la participación de ambos entes, dado que es necesaria la solitud de la autoridad judicial para su instauración, y la intervención del Tribunal Constitucional para su resolución.

4. *La teoría española de la elaboración judicial del Derecho como base para la transición de “jueces artesanos” a “jueces constructores” en los tribunales constitucionales*

El autor español Modesto Saavedra sustenta la teoría de la “elaboración judicial del derecho”, la cual se centra en la idea de que corresponde a los órganos de la judicatura el concretar el sentido de la ley y su espíritu y, por ende, el “decir” el derecho, de ahí que contribuya a su elaboración.

Dicho autor afirma que

el juez tiene un margen de actuación o enjuiciamiento no cubierto por el sistema de normas jurídicas válidas dentro del Estado, o al menos no de forma unívoca. No se descubre nada cuando se dice que el juez contribuye al desarrollo del ordenamiento jurídico, que su labor no es mecánica, o que la aplicación del derecho no consiste en una pura operación lógica de deducción de una consecuencia jurídica, a partir de unas normas previamente establecidas.⁶

A efecto de evidenciar que la labor que en la actualidad se realiza por los juzgadores en los Estados democráticos de Derecho detenta características que permiten llegar a atribuirles, en la generalidad, la característica de moldeadores del derecho legislado, es lo que hace surgir la concepción de los jueces como artesanos del mismo, según lo ha considerado Manuel Atienza.

Es decir, los “jueces artesanos” son aquellos que al tener el derecho legislado para aplicarlo al asunto concreto, pueden realizar, en ciertos casos, y siempre de manera justificada y argumentada, una interpretación de la norma correspondiente más allá de una simple lectura literal y letrista de la misma, a efecto de desentrañar el sentido y que realmente se plasme, al aplicarla, la intención del legislador al crearla, en la solución del conflicto o controversia.

Dicho de otro modo, los “jueces artesanos” son aquellos que sin crear derecho, sino basándose sólo en aquél legislado, realizan en ocasiones y cuando el caso lo amerita, una interpretación de ese derecho legislado que no se circunscribe a una aplicación tajante del mismo, pero que busca lograr, a través de esa interpretación, el que la norma se materialice en aras de la justicia que debe subyacer en la solución del conflicto.

Así, a través de la interpretación del derecho legislado, se moldea el mismo, y por consiguiente, el juzgador, ante la masa normativa legislada, puede moldear el alcance y el sentido de esa masa para dar una salida justa a la controversia, de ahí que se les otorgue el calificativo de “jueces artesanos”, a quienes con la interpretación

⁶ Saavedra, Modesto, “Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad”, en *Jueces y Derecho (Problemas Contemporáneos)*, Carbonell, Miguel y colaboradores (compiladores), Ed. Porrúa por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 200.

moldean ese derecho, pues haciendo un símil, y en una concepción *lato sensu*, es como si realizaran una artesanía en materia jurídica, constituyendo el barro del artesano el cúmulo normativo con que se cuenta para el juzgador.

En relación con lo hasta ahora expuesto, considero necesario dejar sentado que los “jueces artesanos” existen, al menos en lo general, en la actualidad dentro de los Estados democráticos de Derecho, pues los juzgadores, a través de sus fallos y posteriormente de la conversión en jurisprudencia, realizan la interpretación del derecho legislado a que se ha hecho referencia, es decir, no sólo lo aplican siempre y en cualquier caso en la forma textual y literal en que se encuentra redactado, sino que en ocasiones lo moldean para ajustarlo a la decisión del caso.

Esto es así, pues no podría negarse que las jurisprudencias existentes producto de la actividad de sentenciar tienen por objeto plasmar casos relevantes y no típicos en cuanto a la decisión jurídica que les dio vida, de modo que no se trata de casos en los cuales se resolvió la controversia con la simple aplicación del texto de la norma, y fungiendo el juzgador como un mero aplicador del legislador, sino que se trata de asuntos de trascendencia tal que la solución implicó la interpretación de normas e incluso el acudir a otras fuentes del derecho.

En ese orden de ideas, podemos sostener que

el legislador se propone con sus leyes realizar de la mejor manera posible las exigencias de la justicia. Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de individualizarlas en los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir precisamente al fin que se propuso el legislador. El juez es mucho más fiel a la voluntad del legislador y a la finalidad que este se propuso, cuando interpreta las leyes de este ⁷.

Por ello, la labor de estos “jueces artesanos” es trascendente, pues a través de la aludida interpretación del derecho, dotan de alcance a la intención legislativa de crear una norma justa que, en algunos casos concretos, específicos y especiales, mismos que no pudo prever el legislador, su contenido aplicado textual no daría la solución adecuada.

En complemento, Manuel Atienza escribe que

la interpretación jurídica, particularmente en el Estado Democrático de Derecho, no puede verse simplemente como una cuestión de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, sino también — e incluso fundamentalmente — como una cuestión de mejora de esa práctica. La obediencia o deferencia al legislador puede ser un límite — incluso el límite — de la interpretación, pero no su objetivo.⁸

⁷ Reynoso Roberto, *La misión del juez ante la ley injusta*, Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 64 y 65.

⁸ Atienza Manuel, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2004, p. 98.

Así, considero que estos “jueces artesanos” e intérpretes del derecho requieren de mayor facultad para materializar la concepción de los juzgadores modernos en los Estados democráticos de Derecho en los cuales se busca obtener la justicia para darla a la sociedad a través de los poderes pudiciales, y es allí en donde se torna indispensable la transición de “jueces artesanos” a “jueces constructores”.

La referida teoría española de elaboración judicial del derecho es fundamental para lo que denominó los “jueces constructores”, es decir, juzgadores que no sólo apliquen la norma de manera textual y letrista, sino que traten de ir más allá —cuando el caso se los permita—, justificando con la debida argumentación la necesidad de apartarse de la literalidad del precepto, dándole una interpretación diversa en *pro* de la justicia, y para evitar problemas jurídicos que se suscitarían si se aplicará el dispositivo de manera textual.

El Estado de Derecho exige al juez la sumisión al imperio de la ley; sin embargo, ello no basta, pues existen aspectos subjetivos desde la raíz que deben tomarse en cuenta para la denominada “elaboración judicial del derecho” y el nacimiento de los “jueces constructores”, atendiendo a que el juzgador es también ser humano, además, si sólo se circunscribe a la ley, su actuar, en sí mismo, no detenta responsabilidad personal sino sólo se justifica en la propia legislación, permitiendo incluso con ese proceder pasivo, que sea el legislador quien juzgue con la simple literalidad de la norma el caso concreto sometido a debate, lo que no es jurídicamente permisible pues es al juez a quien corresponde esa tarea.

Sin embargo, esa idea se opone al desarrollo de la justicia pura, pues limita el actuar del juez sometándolo al texto legal y evita que su actividad también pueda ser dirigida, en cierto modo, a través de esa voluntad general, lo que trae como consecuencia una falta de legitimidad en su actuar. El juzgador se convierte en un aplicador de la ley, sin hacer uso de las facultades de interpretación que posee, realizando su actividad de manera mecánica ajena a todo tipo de evolución, sin importar que la aplicación literal del precepto pueda traer problemas diversos que el legislador difícilmente pudo prever, pero que se vislumbran cuando se analiza un caso particular.

Por ello, es menester que los jueces apliquen la norma cuando ésta se ajuste de manera cabal y sin repercusión jurídica alguna a la solución del conflicto, pero en aquellos casos donde esa aplicación mecánica, textual y letrista pueda apartarse de la justicia u ocasionar un caos jurídico, es necesario que el juzgador se ponga el “overol” de edificador, y en ese caso particular, de manera argumentada y justificando ampliamente su decisión, razone por qué en tal o cual supuesto es menester dar una interpretación distinta al sentido de la norma, interpretándola siempre en aras de adoptar la decisión más justa, sin que eso implique desconocer

la actividad del legislador, sino simplemente ante un caso particular que éste no tuvo, será aquél —el juez— quien deba delimitar el alcance del precepto en los asuntos sometidos a debate.

Bajo ese tenor, debe reconocerse la existencia de cuestiones, aspectos o situaciones que se suscitan en cada caso particular a resolver, y por ende, que el imperio de la ley no debe ser todo para el juzgador, es decir, no puede tomar decisiones bajo un ámbito letrista y rigorista del ordenamiento jurídico, limitándose a ser un mero aplicador de lo dicho por el legislador —aunque con ello no se logre la justicia—, sino que es menester que se busquen alternativas para legitimar su actuación, cuando se aparta de la ley o la interpreta y, con convicción personal o moral imparte justicia, pues es ahí donde el juez se volverá constructor del derecho y no sólo mero aplicador —en todos los casos— del legislador, lo que comulga con la idea del citado autor español Modesto Saavedra en torno a la “elaboración judicial del derecho”.

En ese contexto, el argumento del juez no debe relativizarse al ámbito jurídico. Esto significaría admitir un punto de vista parcial o insular y, con ello, el fraccionamiento del razonamiento práctico⁹, siendo necesario que el juzgador sea hacedor del ámbito jurídico en aquellos casos sometidos a su decisión en donde la aplicación textual de lo descrito o previsto por la norma sea insuficiente para resolver el asunto con justicia; es ahí en donde entra su labor de constructor del derecho. Esta idea no se pretende sostener en cualquier caso, es decir, habrá soluciones a controversias en las que resulte suficiente la aplicación textual de la norma, y probablemente sean la mayoría de esos casos, pero habrá otros en los cuales se requiere de lo que se ha definido aquí como “jueces artesanos”, e incluso otros que sea indispensable la construcción del derecho omitido por el legislador —“jueces constructores”—.

Al respecto, considero indispensable señalar que con estas ideas no se busca que los Poderes Judiciales sean entes monstruosos con un poder ilimitado y peligroso, sino simplemente que su labor pueda ser colaboradora en la conformación del derecho conjuntamente con el legislador, aunque claro, en un grado mucho menor y sólo en ciertos casos, pero siempre tratando de que el beneficio redunde en los gobernados.

Además, debe tomarse en cuenta que el legislador al crear el derecho intenta hacerlo con justicia, es decir, que al aplicarse la norma se realice en un grado total esa justicia en el caso concreto que dirimirá el juzgador, pues no podría existir otra intención al crear el ordenamiento jurídico positivo dentro de un Estado.

⁹ Redondo, María Cristina, “La justificación de decisiones judiciales”, en *Jueces y Derecho (Problemas contemporáneos)*, *op.cit.*, p. 265 y 266.

Dicho de otro modo, el legislador al crear la norma busca que ésta sea justa y que por ello, su aplicación por el juzgador también lo sea, pero es imposible exigir al legislador que prevea, contemple, enuncie, enumere o encuadre, todos los casos y conductas que se pueden originar respecto de una determinada situación jurídica, y por ello, existirán ocasiones en donde al juez sea a quien se le presente esta cuestión, debiendo complementar la actividad legislativa que finalmente, reitero, busca hacer de la norma creada una norma justa, y si por alguna razón para el caso concreto no resulta así de una simple aplicación textual precisamente, es al Poder Judicial a quien debe corresponder tutelar esa intención legislativa, esto es, que no se traduzca esa aplicación en un fallo injusto, sino realizar la artesanía o construcción correspondiente para alcanzar esa justicia en el caso.

Considero ilustrativo construir un cuadro de las características medulares de estos juzgadores:

TIPO DE JUEZ	Característica 1	Característica 2	Característica 3
Jueces artesanos	Moldean o interpretan el derecho legislado más allá de su literalidad.	No crean derecho, sino que basándose sólo en aquel legislado, realizan en ocasiones, cuando el caso lo amerita y de manera justificada y argumentada, una interpretación de ese derecho legislado que no se circunscribe a una aplicación tajante del mismo, pero que busca lograr que la norma se materialice en aras de la justicia.	Laboran con el derecho legislado, realizando una interpretación que lo moldea para dotar de justicia a la solución.
Jueces constructores	Crean derecho ante la laguna normativa.	Sí crean derecho, pues su función es la de construir el que el legislador no pudo prever, a efecto de aplicarlo en el caso particular, justificando esa decisión en aras del valor de la justicia que finalmente buscó el legislador con la emisión de la norma incompleta.	No laboran con el derecho legislado, sino con la falta de éste, dado que su función es crear el ausente por la laguna normativa, y en aras también de la búsqueda de la justicia.

Fuente: Cuadro elaborado por el autor.

IV. Caso norteamericano

1. *Sus bases jurídicas*

La Constitución de los Estados Unidos de América sólo consta de siete artículos y veintisiete enmiendas; cada uno de los artículos se encuentra dividido en secciones con disímiles puntos o apartados, lo que resulta interesante pues se trata de una norma constitucional breve pero concisa en cuanto a la estructura y organización del Estado, es decir, en su parte orgánica.

Ello, no obstante que su vigencia data del año de 1787, pues antes de la instauración en ese año del texto constitucional, fue necesario que en 1776, después de diversos conflictos internos en las colonias, de éstas contra Inglaterra y de este país con Francia quien dio apoyo a los colonos, se reuniera en Filadelfia un congreso general de las colonias, que expidió la Declaración General de Independencia, redactada por Thomas Jefferson y aprobada el 4 julio 1776, nombrándose a George Washington como general en jefe, para pelear con Inglaterra.

Esta declaración de independencia vino acompañada de la Constitución de Virginia de 1776, que contenía un listado de los derechos de los particulares frente a las autoridades. Posteriormente, se consumó la independencia en 1787, lo que dio lugar a la Constitución actual de Estados Unidos.

En cuanto a las bases constitucionales del Poder Judicial de los Estados Unidos de América, éstas se encuentran en el artículo tres, conformado por tres secciones. En lo que atañe a la primera sección, destaca la identificación de los entes en quienes se deposita el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los Estados Unidos, previéndose un Tribunal Supremo y diversos órganos identificados como tribunales inferiores. En la sección segunda se delimita el alcance de esa potestad jurisdiccional, es decir, sobre cuáles controversias deben intervenir los órganos del Poder Judicial de los Estados Unidos para efectuar su correspondiente solución. En la tercera sección aborda el tema atinente a la traición, siendo interesante que sea el Congreso quien se encuentre facultado para fijar la pena, una vez dictada la sentencia, y no un órgano perteneciente al Poder Judicial de ese país.

La enmienda referente al Poder Judicial es la número once¹⁰ expedida el siete de febrero de mil setecientos noventa y cinco.

Es importante señalar que el Poder Judicial norteamericano es complejo en su estructura, toda vez que cuenta con una gran suma de entes jurisdiccionales en el ámbito estatal, es decir, en lo que concierne a sus entidades federativas,

¹⁰ La enmienda establece: “El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los estados de la unión por ciudadanos de otro estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”.

pues en cada una de éstas existen Tribunales Supremos que ocupan el más alto lugar entre los demás órganos del estado de que se trate; tribunales de apelación intermedia; tribunales de primera instancia y tribunales menores.

Además de esta justicia local, existe el ámbito federal en donde el Poder Judicial norteamericano cuenta con diversas Cortes, cuyo origen deriva de lo dispuesto en el numeral tres, sección primera de la Constitución de los Estados Unidos.

Así, en la actualidad, dicho país cuenta con la Corte Suprema, las Cortes de Apelación y las Cortes de Distrito, las cuales conforman el Poder Judicial de los Estados Unidos a nivel Federal, siendo importante destacar que también existen las Cortes de Quiebras o Bancarrotas, la Corte Federal de Reclamos, la Corte de Apelación Militar, entre otras, pero éstas son creadas por el Congreso en virtud de la facultad conferida a ese ente legislativo en el numeral 1, sección octava de la Constitución de ese país.

Por ello, en estricto sentido y tomando en cuenta que el Poder Judicial de los Estados Unidos deriva, constitucionalmente, de lo dispuesto en el arábigo tres de la Constitución, los órganos jurisdiccionales que conforman dicho poder a nivel federal serían sólo la Corte Suprema, las Cortes de Apelación y las Cortes de Distrito, dado que las restantes Cortes en comentario emanan de un precepto constitucional que regula a un diverso poder, como lo es el legislativo.

Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos es el máximo ente judicial en ese país, pues además de pertenecer a la organización federal, detenta la mayor jerarquía dentro de la misma. Esta Corte Suprema puede fungir como tribunal de origen y como tribunal de apelación en última instancia. El primer caso surge cuando se allega discrecionalmente de los asuntos que a su juicio considera relevantes; el segundo caso es cuando en apelación la Corte Suprema norteamericana revisa las resoluciones en torno a las controversias a que se refiere el punto uno de la sección segunda del artículo tres de la Constitución de los Estados Unidos.

Las Cortes de Apelación se identifican por circuitos, y por ende se consideran como Tribunales de Circuito, existiendo trece de ellos, y generalmente conocen de impugnaciones de resoluciones de las Cortes de Distrito o de aquéllas emitidas por tribunales federales pero de origen legislativo. Cabe indicar que estas Cortes de Apelación jamás detentan una jurisdicción originaria y tampoco pueden revisar los fallos de los tribunales de las entidades federativas.

Las Cortes de Distrito son establecidas de acuerdo con los distritos, que actualmente son noventa y cuatro, existiendo en promedio de entre uno y cuatro distritos por cada entidad federativa de los Estados Unidos, incluyéndose en ese número al distrito de Alaska y al de Puerto Rico; estas Cortes sí detentan jurisdicción originaria, siendo revisadas en cuanto a sus resoluciones por las Cortes de Apelación.

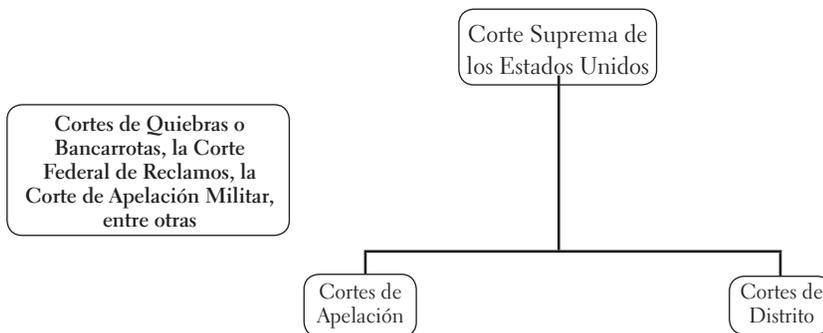
En cuanto a la base jurídico legal del Poder Judicial de los Estados Unidos, es importante señalar, de entrada, que el derecho en ese país es de carácter consuetudinario, es decir, no recurre al derecho escrito de manera absoluta, de ahí que su acervo legislativo escrito sea reducido.

No obstante, es relevante destacar que existe el texto denominado *judiciary and judicial procedure*, como un ordenamiento escrito similar a las Leyes Orgánicas que de los Poderes Judiciales existen en otros países, esto es, que tiene por objeto regular la organización de las Cortes y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sus funciones y atribuciones, así como algunos aspectos relacionados con el nombramiento y condiciones laborales de los juzgadores.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también cuenta con una ley interna que regula su estructura, que es la Ley de la Judicatura de 1869. Además, la referida Corte Suprema tiene la facultad de crear reglas federales para regular los diferentes procedimientos que se sustentan ante las demás Cortes del Poder Judicial Federal estadounidense, de ahí que como bases jurídico legales existan, entre otros ordenamientos, las Reglas Federales del procedimiento de apelación; del procedimiento de bancarrota; del procedimiento penal; del procedimiento civil; y de la evidencia.

La estructura del Poder Judicial Federal de los Estados Unidos se aclara con el siguiente diagrama:

Diagrama 2



Conviene reiterar que las Cortes de Quiebras o Bancarrotas, la Corte Federal de Reclamos, la Corte de Apelación Militar, entre otras, son creadas por el Congreso en virtud de la facultad conferida a ese ente legislativo en el numeral 1, sección octava de la Constitución de ese país, de manera que el Poder Judicial Federal, en estricto sentido, se conforma sólo por la Corte Suprema y las Cortes de Apelación y de Distrito.

2. La judicial review

La *judicial review* o *judicial review of legislation* es producto de la necesidad que tenían los países, en el caso, los Estados Unidos de Norteamérica, de un medio para tutelar los principios supremos contenidos en su Constitución, dándose fuerza al ente judicial en una época en la cual la fortaleza se encontraba en el Poder Legislativo o en los órganos parlamentarios, pues fue en el año de 1787 cuando a iniciativa del referido Alexander Hamilton, fue que surgió esta institución protectora del texto constitucional.

Es decir, el federalista Alexander Hamilton, pensó en la instauración de esta *judicial review* o *judicial review of legislation*, siendo rescatable que este acontecimiento dio pie al surgimiento posterior de instituciones tutelares para dar eficacia al principio de supremacía constitucional.

La materialización de los fines de esta institución se llevó a cabo hasta el año de 1803, con motivo del caso *Marbury vs Madison*, en donde el Juez John Marshall dictó un fallo en el cual la potestad judicial fue expresión de la protección de la norma suprema, al establecerse que debía considerarse nulificado todo acto que resultare contrario a esa ley fundamental, y más aún, la posibilidad de que los jueces pudieran apartarse de la hipótesis normativa o supuesto jurídico contenido en los ordenamientos legales secundarios, cuando consideraran que éstos eran ajenos a la Carta Magna o se contraponían a ella, lo que trajo como resultado la existencia del denominado “control difuso de la constitucionalidad”, el cual, se ha dicho, se adopta el modelo norteamericano de control constitucional precisamente en virtud de este acontecimiento.

Las ideas de John Marshall, en el aludido fallo, aplicaron la *judicial review*, y no sólo constituyeron el parteaguas en cuanto al empleo de esa institución, sino que, además, permitieron que el control constitucional vía judicial no sólo se concibiera como medio de utilización por parte de la Suprema Corte, sino también de las restantes Cortes, esto es aquéllas federales o de los estados, de ahí la trascendencia de la sentencia que se comenta.

Esta trascendencia puede apreciarse con mayor claridad de las razones de John Marshall expuestas en su fallo, las cuales fueron sustentadas en la función interpretativa de los juzgadores en cuanto a las normas, a efecto de justificar el porqué los entes jurisdiccionales podían percatarse de una contravención u oposición de una ley secundaria con la norma suprema, siendo su tarea precisamente el decidir cuál regiría al conflicto sometido a debate, apelando al espíritu y a la intención del Constituyente de crear un órgano constituido encargado de impartir justicia como lo era el Poder Judicial, pero, además, de velar por su salvaguarda al ser el ordenamiento jurídico supremo, respecto del cual, todos se encontraban obligados a obedecerlo.

Uno de los opositores fue Thomas Jefferson quien para el año de 1820, continuaba sosteniendo la tesis relativa a que el Poder Ejecutivo, al ser electo democráticamente, debía ser controlado sólo por los electores y jamás por los tribunales, lo que pone de manifiesto que el ámbito en el cual se desarrolló la *judicial review* fue difícil, pues frente a los fines para los cuales fue instaurada otorgando fuerza al Poder Judicial en los Estados Unidos, existía la firme convicción de que la limitación o el control de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sólo podía ocurrir a través del pueblo y no de otro ente constitucionalmente constituido.

Para Marshall y otros juzgadores como Story, la postura era sencilla, en cuanto que era el Poder Judicial, a través de sus jueces, a quien tocaba decidir las cuestiones constitucionales; es decir, lo que sostenía no era la intervención de la función jurisdiccional sobre toda la actividad del Legislativo o Ejecutivo, sino simplemente sobre aquellos aspectos que se refirieran a la defensa de la Constitución. Así, el nivel del control judicial que se defendía era sólo respecto a la observancia de la Constitución, aspecto único en donde se buscaba una competencia plena del Poder Judicial.

Tan es así que la sentencia del caso *Marbury vs Madison* estableció que el ámbito de competencia de este tribunal es, exclusivamente, decidir sobre los derechos de los individuos, no investigar cómo el Ejecutivo o los agentes del Ejecutivo cumplen sus deberes confiados a su discreción. De modo que dejó sentado, a su vez, que cuestiones de naturaleza política, o que son, por la Constitución y las Leyes, sometidos al Ejecutivo, no pueden ser nunca decididas por este Tribunal.

Así, aun ante la disputa constante respecto de si el Poder Judicial podía controlar en tal o cual aspecto a otro de los dos poderes también constituidos, prevalecía la idea de la supremacía constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, pues finalmente, ello fue lo que inspiró el surgimiento de la *judicial review*, con la consecuente discrepancia de criterios de si tocaba o no a la función jurisdiccional exigir el respeto y velar por la salvaguarda de la norma suprema.

Dicho de otro modo, la idea de respeto a la Carta Magna era comulgada por los tres poderes, incluso por el Poder Judicial, existiendo sólo la disputa que posteriormente también se matizara en nuestro país, sobre la cuestión de qué ente estatal sería el encargado de velar por el respeto de esa constitucionalidad en relación con los otros poderes constituidos.

Ello se aprecia de lo expuesto por Alexis de Tocqueville, cuando sostiene:

En los Estados Unidos, la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por ninguna ley, es, pues, justo que los Tribunales obedezcan a la Constitución, preferen-

temente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del Poder Judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente es en cierto modo el derecho natural del magistrado.¹¹

La solución a esta disyuntiva fue concebida igual tanto por México, como por Estados Unidos, dotando a los Poderes Judiciales como entes del Estado encargados de velar por el respeto de la norma suprema, aunque con diferencias en cuanto a los modelos de control, es decir, en el primer país un control concentrado, y en el segundo, uno difuso. En España, en contraposición se optó por un modelo de control constitucional austriaco, en donde existe una Corte o un Tribunal Constitucional ajeno a la estructura del Poder Judicial encargado de hacer esa función de guardián.

3. *El principio stare decisis*

Es importante recordar que en los Estados Unidos de América los jueces se encuentran regidos por el sistema jurídico del *common law*, y por ello, se basan en la emisión de sus fallos en la aplicación de precedentes judiciales de casos anteriores, de ahí que se considere que detentan un derecho consuetudinario en cierto sentido, entendido para el ámbito judicial en cuanto a que resuelven conforme a la costumbre algunos casos en los que ya existe precedente.

Lo anterior resulta relevante para efectos de analizar el principio *stare decisis* el cual se refiere a “estar en lo dicho”, es decir, de que un juzgador se mantenga en la postura de lo que se ha sostenido en otros casos similares por él mismo o por otros jueces, de manera que el citado principio implica la obligatoriedad para todos los jueces de acatar esos precedentes.

Así, en este país, las leyes o decretos que la Suprema Corte haya declarado como contrarias a sus principios, implica que

siguen siendo vigentes desde el punto de vista formal, aun y cuando materialmente y por virtud del *stare decisis*, no vuelven a tener aplicación [...] Entonces, por virtud del *stare decisis*, el efecto primordial que se produce es que el ordenamiento declarado inconstitucional por el Alto Tribunal no tendrá posterior aplicación.¹²

¹¹ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 108.

¹² Castrillón, Víctor, *La protección constitucional de los derechos humanos*, Porrúa, México, 2006, p. 156.

Así, desde el punto de vista formal la norma declarada inconstitucional sigue vigente, pero materialmente, en virtud del denominado principio *stare decisis* que se emplea en el modelo de control norteamericano a que se ha hecho referencia, la ley no vuelve a tener aplicación ya que el principio referido implica la obligatoriedad para todos los jueces, se reitera, de acatar los procedimientos que en un solo caso establezca el más Alto Tribunal.

En ese tenor, a consecuencia del *stare decisis*, el efecto principal acaecido es que el ordenamiento inconstitucional no tendrá una aplicación posterior por los órganos jurisdiccionales, del nivel o ámbito de competencia que fuere, es decir, si son jueces locales o federales.

V. Caso mexicano

1. *Sus bases jurídicas*

En principio en cuanto a la evolución del Poder Judicial Federal en México como poder constitucionalmente constituido, es menester acudir brevemente a las principales constituciones de la primera mitad del siglo XIX, que son de mayor utilidad para entender el desarrollo del Poder Judicial Federal. Se tienen a la Constitución de 1824, en donde se estableció un sistema netamente federal, se dio el surgimiento de la Suprema Corte de Justicia; las Siete Leyes Constitucionales de 1836, que establecieron el Supremo Poder Conservador como un órgano de control de carácter político; la Constitución de 1841 (proyecto de Yucatán), en donde las ideas de Manuel Crescencio Rejón dieron paso al surgimiento del juicio de amparo; y el Acta de Reformas de 1847 en donde se estableció a nivel federal, el juicio de garantías con las aportaciones de Mariano Otero, el cual se consolidaría en la segunda mitad del siglo XIX.

Dentro de la Constitución de 1824, y en torno a las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es importante destacar que un aspecto esencial lo constituía la organización de los poderes y del Estado mismo, de tal suerte que la constitucionalidad de las leyes, y la interpretación misma de éstas, no se consideraba un aspecto de gran relevancia, sino que se buscaba más proteger el sistema federal que ahí regía. Así, la Constitución de 1824 fue el documento que marca los primeros pasos sólidos en la vida del Supremo Tribunal Mexicano y del Poder Judicial Federal.

En la etapa de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el sistema federal se cambia al centralista, conservándose la separación de poderes, siendo sin duda un triunfo de los conservadores; apareciendo por primera ocasión un órgano en-

cargado de defender la constitucionalidad de las leyes, denominado el Supremo Poder Conservador, el cual fue una copia del Senado Francés, de la Constitución del año VIII.

Este órgano, se conformaba por cinco miembros que gozaban de facultades excesivas, siendo una de sus principales atribuciones la de declarar la nulidad de actos contrarios a la Constitución. Sin embargo, no se estableció una protección seria de la Constitución, pues el Supremo Poder Conservador nunca actuaba de oficio, sino a través de iniciativa de los otros poderes de la República. Así, la competencia de la Suprema Corte de Justicia, respecto al control de la constitucionalidad, era nula, pues correspondía tal tarea al referido órgano pues “los actos del Poder Judicial eran susceptibles asimismo de someterse al control del Supremo Poder Conservador, previa excitación de los otros dos poderes, pero solamente para los casos de usurpación de competencias, en relación con otros tribunales. En dicho caso afirmativo, se remitirían las actuaciones al tribunal competente, para que procediese a la formación de la causa y a dictar la sentencia correspondiente”.¹³

La Constitución de Yucatán de 1841 constituye junto con las actas de reforma de 1847 y la Constitución de 1857, los ordenamientos constitucionales, en donde se creó propiamente uno de los instrumentos de mayor empleo en el Poder Judicial Federal. La trascendencia de este documento estriba en que incluyó garantías individuales, tales como la libertad religiosa, y los derechos del aprehendido, y existió un medio de control constitucional, cuya denominación fue otorgada por Manuel Crescencio Rejón.

En la elaboración del texto aprobado de la Constitución yucateca, es dable mencionar que resulta ser el primer antecedente del control jurisdiccional de las leyes, en la medida que la propuesta contenida en esta Constitución, en relación con el juicio de amparo, descansaba sobre la idea de que fuesen los jueces de primera instancia, quienes tendrían el control sobre aquellas autoridades que contrariaran a las garantías individuales, o bien los superiores jerárquicos cuando cometieren las violaciones (numerales 63 y 64 de dicho ordenamiento), y se dejó facultad al Tribunal Supremo del Estado, para conocer, según se estableció en el normativo 53 de dicho proyecto, de los medios de impugnación interpuestos contra las leyes y derechos de la legislación que fueren contrarios a la Constitución, o bien, contra las providencias del Gobernador; lo que pone de relieve, que no sólo se estatuyó el control jurisdiccional de las leyes contrarias a la Constitución, sino de actos de las autoridades por violación a las garantías individuales, otorgándose facultad por vez primera a un órgano judicial, dentro de este control de tipo jurisdiccional, aunque fue a nivel local y no federal.

¹³ Soberanes, José Luis y Martínez, Faustino, *Apuntes para la Historia del Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 2002, p. 218.

El Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de Mayo de 1847 fue el último documento constitucional de carácter nacional, dentro de la primera mitad del siglo XIX, fue el materializador del juicio de amparo como medio de defensa de la Constitución, pues aun cuando el avance pionero acaeció en la Constitución yucateca de 1841, en realidad no se conoce de la aplicación que tuvo en los litigios y su eficacia en el ámbito jurídico, de manera tal que fue en este texto, en donde se dio el nacimiento al juicio de garantías, e incluso se dio origen a la primera sentencia de amparo en 1849.

Dentro de este periodo se reestableció la vigencia de la Constitución de 1824, volviéndose así al sistema federal que se había perdido durante las Siete Leyes Constitucionales de 1836, adicionándose al texto de dicha Constitución, la multicitada Acta de Reformas. Existía, pues, un sistema mixto de control constitucional, por un lado, el control jurisdiccional a cargo del Poder Judicial Federal, respecto a violaciones de garantías individuales por cualquier autoridad y de cualquier poder local o federal, y por el otro, un control político pues respecto de la constitucionalidad de leyes emanadas por el Congreso, conocían las legislaturas de los estados, y de la constitucionalidad de leyes emanadas de las legislaturas decidía el Poder Legislativo Federal.

Durante este periodo, cabe destacar, como base jurídica del Poder Judicial Federal, el hecho de que, el trece de agosto del referido año de 1849, se emitiera en San Luis Potosí, la primera sentencia de amparo, fundamentada sobre la base legal del arábigo 25 del Acta de Reformas, toda vez que fue hasta el año de 1861, cuando cobró vigencia y aplicación el primero de los ordenamientos en materia de amparo, de manera tal que Pedro Sámano, el suplente del juez en dicha entidad, otorgó la protección de la Justicia Federal, bajo dicho normativo, ya que lamentablemente en ese momento se carecía, como ya se dijo, de ley reglamentaria en relación con el juicio de garantías.

Con la vigencia de la Constitución de 1857, se eliminó la combinación existente del control político y control jurisdiccional, dejando vivo sólo este último, por considerar que la protección a la Ley Suprema, debía proveerla la autoridad judicial, cuando así lo solicitase cualquier particular, por estimar que se le estaban violando sus garantías, e instaurando un verdadero juicio, en el que las sentencias no tuvieran efectos declarativos con carácter *erga omnes*, de manera que fue necesario que se instaurara un control judicial, tanto para la violación de garantías individuales, como para la protección de la constitucionalidad de leyes, pues se consideraba que al devenir un acto de autoridad injusto, el Poder Judicial, es quien debe ejercer ese control.

En la vigente Constitución de 1917 se plasman ideas similares a las de 1857, en relación con los medios de protección de los derechos del hombre, aunque de una forma más detallada; se reitera la procedencia del juicio de amparo contra actos de autoridades judiciales, se mantienen el control de legalidad y tutela a toda la Constitución a través del amplio alcance del artículo 14. Se repite la fórmula Otero en cuanto a la relatividad de las sentencias de amparo, y se realizan diversas reformas entre los años de 1917 a 1994, siendo relevante en lo estructural, el surgimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito en 1951 que auxilió al Poder Judicial Federal en la resolución de los asuntos cuya carga era abrumadora en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

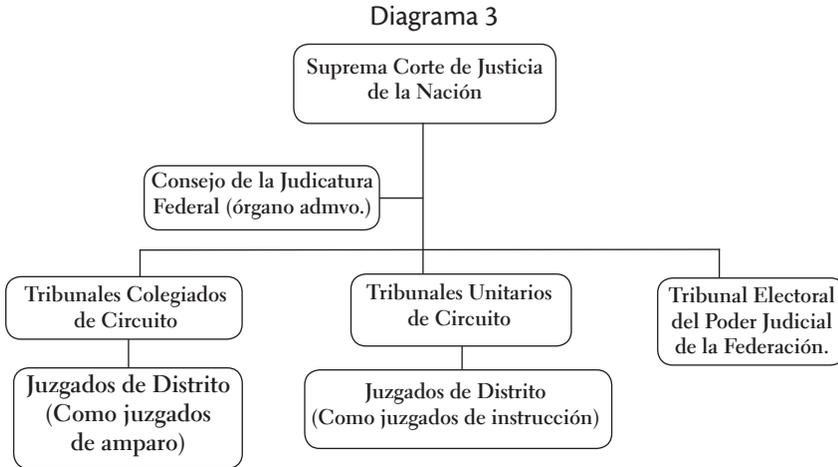
Es trascendente también la reforma de 1994, en cuanto dio vida jurídica a un órgano encargado de realizar funciones administrativas como lo es el Consejo de la Judicatura Federal.

En cuanto a las bases jurídicas del Poder Judicial Federal mexicano, se encuentran, en lo que atañe al ámbito constitucional, en el Título III, capítulo IV “*Del Poder Judicial*”, conformado por los artículos del 94 al 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En tales preceptos constitucionales se encuentra establecida la organización, estructura y funciones de tal poder constituido.

Así, el Poder Judicial Federal que conforma, como se precisó, el poder constituido emanado de la norma suprema—Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, es aquel ente que ejerce la actividad jurisdiccional federal en México, haciéndolo a través de juzgados de distrito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, un tribunal electoral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con el transcrito precepto 94 de la citada Constitución Federal.

En otro contexto, respecto de las bases jurídicas del Poder Judicial Federal, en lo que atañe el ámbito legal, éstas se encuentran principalmente en los numerales 1, 2, 4, 10, 11, 21, 28, 29, 33, 37, 48 al 55, 68 a 104 y 184 al 189, entre otros, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; en los arábigos 1, 114, 158 y demás relativos de la Ley de Amparo; y en los normativos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para clarificar más la estructura del Poder Judicial Federal en México, conviene concluir este apartado estableciendo el siguiente diagrama:



2. El control de la constitucionalidad en México como mera facultad

Antes de analizar el control que impera en México en cuanto a la constitucionalidad, cabe dejar establecido que impera el principio de supremacía constitucional, el que puede apreciarse de la primera parte del numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La supremacía constitucional, como principio, hace de la Constitución la norma jurídica de mayor jerarquía, es decir, la base del Derecho y de la que derivan todos los actos del Estado, sin que éste pueda obrar, en ningún caso, y bajo ninguno de los funcionarios que lo conforman en contraposición a lo estatuido en la norma suprema, la cual tiene un contenido primigenio y distinto a la de la norma ordinaria, pues ésta emana y regula lo previsto por la primera. Al respecto se afirma:

La Constitución es una norma jurídica, por estar creada conforme a Derecho y ser de observancia general. Pero esa norma no puede tener la misma calidad, sino que está en un nivel superior a las mismas, por regular la forma de ser expedidas y establecer la competencia para emitir esas normas, sin que pueda hacerse algo más de lo que la Carta Suprema permite que se haga por los órganos encargados de legislar.¹⁴

¹⁴ Del Castillo, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México (Derecho Procesal Constitucional Mexicano)*, Alma, México, 2004, p. 23.

Dicho numeral 133 constitucional establece, en su parte final, la obligación para los jueces de los estados, de respetar la Constitución Federal, leyes federales y tratados, con preferencia a las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes locales.

Esta porción normativa ha generado debates y discusiones en cuanto al ejercicio del control difuso de la Constitución por parte de las autoridades judiciales fuera del procedimiento constitucional previsto por los artículos 103 y 107 de la norma suprema, esto es, del juicio de amparo; lo anterior, en cuanto a la posibilidad de que, con fundamento en tal disposición, los jueces del orden común puedan calificar, a su prudente arbitrio, las leyes o actos de autoridad bajo la consideración de que resultan violatorios de la Constitución.

Esto no ocurre en México, dado que el monopolio del control constitucional de las normas secundarias y de los actos de la autoridad estatal, está a cargo del Poder Judicial Federal, en relación con los diferentes órganos que lo conforman y que cuentan con facultades para ello; sin embargo, la redacción permite apreciar que también los jueces del orden común, esto es, los pertenecientes a las entidades federativas podrían ejercer ese control, como ocurre con los Estados Unidos de América.

Lo anterior se explica, cabe aclarar, porque desde la Constitución mexicana de 1857 se reprodujo en esencia en el numeral 126, lo dispuesto en la Constitución de los Estados Unidos de América se conserva en contenido el actual artículo 133, de la Constitución de 1917, lo que dio origen a la confusión en cuanto a cómo debe funcionar el control constitucional en nuestro país; pues mientras en aquel país vecino esta disposición tiene una vigencia plena en la medida en que el control constitucional se despliega por la vía de excepción o defensa inicialmente ante cualquier autoridad local y pasa después a la jurisdicción federal a través de recursos procesales, que vinculan dentro de un solo proceso las dos instancias desarrolladas sucesivamente ante las dos jurisdicciones; en cambio, en nuestro sistema jurídico, el control constitucional se previene en la vía de acción y se encomienda exclusivamente al Poder Judicial Federal.

De este modo, puede decirse que aun cuando la redacción del artículo 133 constitucional sugiere la posibilidad de que los jueces (locales o federales) puedan juzgar la constitucionalidad no sólo de sus actos sino además la de los ajenos, especialmente las leyes y constituciones de los estados en donde ejerzan jurisdicción, debe buscarse la interpretación sistemática del precepto y los principios que emanan de nuestra Constitución, dado que en México, es sólo el Poder Judicial de la Federación el ente o institución que puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas y ejercer el control judicial sobre ellas.

3. *El sistema híbrido de control constitucional mexicano*

Con base en las anteriores consideraciones, y tomando en cuenta la operatividad de los dos modelos de control constitucional vía judicial, el austriaco y el americano, es pertinente señalar que en México existe un híbrido de estos dos modelos.

Ello, pues por un lado, al igual que el modelo austriaco, sólo un ente, como el Poder Judicial de la Federación es quien puede realizar el control de esa constitucionalidad —con la diferencia de que en el modelo austriaco el órgano es sólo uno y ajeno a algún poder constituido—, y en el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí pertenece y forma parte de la estructura del Poder Judicial Federal, aunado a que también los Jueces de Distrito o Tribunales Unitarios de Circuito pueden conocer de la constitucionalidad de normas en juicios de amparo indirecto como acto reclamado destacado, pero finalmente sí es un solo ente o institución —Poder Judicial Federal— el único que puede realizar ese control constitucional vía judicial como ocurre en el modelo austriaco con el Tribunal Constitucional creado *ex profeso* para ello.

Por otro lado, en el modelo de control constitucional americano, todos los jueces, y no sólo algunos, están facultados para declarar, en un juicio específico, la inaplicabilidad de la legislación ordinaria; además, como se destacó, en torno a los efectos de la decisión de la Suprema Corte en este modelo de control constitucional americano, la declaratoria de inconstitucionalidad es de carácter formal, pues sólo se refiere a las partes que intervinieron en la controversia. Sin embargo, en los Estados Unidos dichos efectos tienen implicaciones mayores en lo material, pues el fallo de la Corte Suprema provoca la desaplicación de la ley inconstitucional, esto es, aun cuando en la Constitución norteamericana no existe precepto que prevea la exclusión del orden jurídico de aquellas normas calificadas por el Alto Tribunal como inconstitucionales, lo cierto es que a partir de la sentencia del juez Marshall ya descrita, ha prevalecido el criterio de que la ley que es declarada inconstitucional en un solo fallo, no crea derechos ni establece obligaciones.

Así, en el modelo americano, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad también son relativos en lo formal y no generales como acontece en el caso mexicano al realizarse el control constitucional vía judicial, con la salvedad de que en México, los efectos son relativos tanto en lo formal como en lo material, pues de ningún modo pueden alcanzar a personas físicas o jurídicas que no acudieron a la instancia, mientras que en el caso estadounidense, en virtud del principio *stare decisis* ya abordado, los efectos son relativos sólo en lo formal, pues materialmente sí se toman generales, según quedó destacado, al ejercerse ese principio, pero sigue existiendo la semejanza de que en lo formal sí son relativos

como en México, aunado a que al igual que en el modelo de control constitucional vía judicial americano, también los entes que ejercen ese control pertenecen al Poder Judicial y no son ajenos a éste.

VI. Esquema comparativo

País	Tipo de modelo y control constitucional empleado	Tribunal Supremo	Tribunal Constitucional
México	Posee un híbrido de los modelos concentrado y difuso.	Se cuenta con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro del Poder Judicial Federal, aunque no es el único ente dentro de ese poder que puede ejercer el control constitucional, pero sí es el órgano que posee la decisión definitiva.	Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación perteneciente al Poder Judicial Federal la que realiza funciones de control constitucional teniendo la última decisión en esta materia.
España	Modelo de control concentrado a virtud de la influencia que detenta del modelo de control constitucional austriaco	Se detenta un Tribunal Supremo, pero no realiza control constitucional alguno, dado que esa labor se encuentra reservada a un Tribunal Constitucional ajeno al Poder Judicial Español.	Detenta un Tribunal de esa índole, el cual es ajeno al Poder Judicial Español y se encarga de conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad, realizando funciones materialmente jurisdiccionales.
Estados Unidos	Modelo del control difuso aplicando el modelo americano	Se detenta un Tribunal Supremo a nivel Federal que es la Corte Suprema, pero también los restantes juzgadores pueden desaplicar las normas cuando consideran que contravienen a la Constitución	Es la Corte Suprema de Justicia perteneciente al Poder Judicial Federal un Tribunal de esa índole, con la salvedad del control difuso como modelo de control constitucional vía judicial.

VII. Propuestas para mejorar el control constitucional vía judicial

I. Instituir la posibilidad de que una autoridad judicial plantee ante un Tribunal Constitucional la necesidad de examinar si una norma aplicable en un procedimiento judicial que es trascendente para la solución del conflicto se encuentra

ajustada a la Norma Suprema, debiéndose modificar aquí la Constitución Federal, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal y crearse una legislación *ex profeso* de regulación de esta facultad a la que podría denominarse “cuestión de inconstitucionalidad”, como ocurre en España.

En cuanto a esta propuesta que ya fue desarrollada en el punto 3 del apartado III de este ensayo, sólo restaría agregar que para materializarla sería necesario, primero, reformar la Constitución a efecto de que en el numeral 94, se prevea la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de conocer de la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”, en los términos en que ya fue explicitada en este trabajo, reformándose también la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal en su precepto 11, agregándose una fracción que prevea el conocimiento del Pleno de ese Alto Tribunal de la referida figura jurídica y, además, crear una ley *ex profeso* para delimitar el trámite, la que podría denominarse “Ley del Procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad”, lo que para el caso de España, que es de donde se toma esta figura, se contempla en cuanto a su trámite adjetivo, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Esta cuestión de inconstitucionalidad, como ya se explicitó debidamente, se prevé en España a rango constitucional, en la parte específica de la norma suprema en donde se regula al Tribunal Constitucional y, en la Ley Orgánica de dicho Tribunal, contemplándose la posibilidad que una autoridad judicial plantee ante el Tribunal Constitucional de España la referida “cuestión de inconstitucionalidad”, a efecto de que tal órgano de control constitucional pueda examinar si la norma aplicable en un procedimiento judicial se encuentra ajustada a la Constitución, es decir, el ente del Poder Judicial español elevará ante el mencionado Tribunal Constitucional el conocimiento de la norma que debe aplicar en el proceso concreto ante la simple duda de su inconstitucionalidad.

Este control posterior de la constitucionalidad, pues se ejercita por la autoridad judicial y la conoce el Tribunal Constitucional una vez que la ley fue promulgada y, por ende, está incorporada al ordenamiento jurídico, es lo que estimo sería necesario incorporar en México, ante la similitud que se detenta con el sistema español en cuanto a que el control de la constitucionalidad es concentrado y no difuso como en el caso norteamericano.

De tal suerte que si no es posible que los juzgadores del Poder Judicial Federal en México, actuando como jueces de instrucción —en los procesos civiles, penales y administrativos federales— y no como jueces de constitucionalidad —en el juicio de amparo—, puedan desconocer y desaplicar la norma ordinaria cuando estimen que es inconstitucional, entonces, un medio preventivo antes de la aplicación que pueda dar lugar después a la interposición de juicios de amparo

en donde se establezca la inconstitucionalidad de la ley y del acto dictado por el juzgador federal como juez de instrucción, podría ser la instauración de esa cuestión de inconstitucionalidad que opera en España.

Para lo anterior y su mejor funcionamiento, sería necesaria la creación de un Tribunal Constitucional ajeno al Poder Judicial — modelo austriaco—. Lo relevante de este aspecto que se considera necesario tomar del caso de España, es que se podría ejercer el control en comento antes de que la norma sea aplicada, es decir, aun cuando no se materializa antes de su vigencia, sí puede evitarse su aplicación en el procedimiento judicial de que se trate; dicho de otro modo, no se espera que se aplique el supuesto normativo, sino que se desarrolla antes de que eso ocurra.

Y este proceder, a mi juicio, mejoraría el control constitucional vía judicial, al dar a los juzgadores que funcionan como entes de instrucción, esta posibilidad, pues son los que podrían plantear esta cuestión de inconstitucionalidad antes de aplicar y resolver el caso con una norma que estiman trasgrede la Constitución Federal y, de esa manera, los justiciables en los procesos judiciales federales en materia civil, penal o administrativa, tendrían mayor seguridad y certeza de que la forma de resolver del aludido Poder, a través de los juzgadores actuando como jueces de instrucción, sería ajustada a la Carta Magna mexicana, pues previamente existiría pronunciamiento sobre si la norma sujeta a aplicación para definir el asunto es o no inconstitucional.

La instauración de esta figura sería positiva, si se pondera que la cuestión de inconstitucionalidad ayudaría a los juzgadores de instrucción en su labor cotidiana, pues aun cuando aquéllos no puede desaplicar la norma que consideren contraria a la Constitución, sí podrán hacer uso del instrumento en análisis a efecto de dilucidar si la norma en cuestión y que deberá regir el sentido en la decisión de una litis dentro de un procedimiento judicial determinado se ajusta o se aparta de la Constitución Mexicana, lo que se traduce en un beneficio para el propio justiciable y, por ende, en la confianza que éste detenta en cuanto a cómo se le imparte justicia en el ámbito federal, evitando incluso juicios de amparo posteriores en contra de la ley, lo que además conlleva a una mayor eficacia en el acceso a la jurisdicción, es decir, de manera completa y pronta sin dilación atendiendo a la economía procesal que se generaría.

2. Otra propuesta sería el fundamentar constitucional y legalmente la facultad de actuar de los juzgadores federales en la construcción del derecho para pasar de meros aplicadores o interpretadores de la norma, a edificadores de la misma, en ciertos casos y en aras de la prevalencia de la justicia en la solución de asuntos, es decir, concretizar la transición de “jueces artesanos” a “jueces constructores” de que se habló.

Esta segunda propuesta se centra sobre la construcción del derecho por los juzgadores como ya se desarrolló, dentro del punto 4 del apartado III de este

ensayo. Como se ha sostenido, la naturaleza misma de la función judicial en los actuales Estados democráticos de Derecho evidencia que los juzgadores ya no deben ser meros aplicadores de la norma, e incluso, tampoco simples intérpretores en cuanto a su alcance y sentido, dado que la actividad judicial siempre busca la justicia en la solución de la controversia y, por ende, cuando la norma es insuficiente para alcanzar ese valor, esto es, existe una laguna normativa, toca al Poder Judicial subsanar tal irregularidad y resolver el caso concreto atendiendo a dicha justicia, aunque requiera construir en la forma en que se explicitó, con las salvedades matizadas.

Así, para materializar esta propuesta, se requeriría, en principio, reformar la Constitución Federal, en concreto, en sus numerales 103, 104 y 105, en donde se prevé la competencia de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal actuando, tanto como juzgadores de instrucción, al conocer de los procedimientos civiles, penales y administrativos federales, o procedimientos mercantiles por aquello de la jurisdicción concurrente, o bien, como juzgadores constitucionales, al conocer de los medios de control constitucional.

En tales preceptos podría establecerse un párrafo, como agregado, que estableciera lo siguiente:

Los Tribunales Federales, en los casos en que para la solución de la controversia, la norma aplicable detente una laguna que impida resolver el asunto tanto con su aplicación textual, como con su interpretación, deberán atender a la justicia plasmada como canon ético de la judicatura federal, pudiendo construir, para materializar esa justicia, el derecho inexistente a efecto de emitir la resolución correspondiente, cuidando que en ningún caso esa construcción vaya en contra de lo que la propia Constitución establece.

Este párrafo es el agregado que se propone a los tres artículos 103, 104 y 105 de la Constitución Federal, de tal suerte que consagrada a rango constitucional esta facultad, sería innecesario mayor disposición en alguna ley secundaria, pues bastaría la norma suprema para que se facultara a los órganos del Poder Judicial Federal, en la solución de sus controversias, a realizar la referida construcción del derecho cuando exista esa laguna normativa.

Sin embargo, no quedaría de más, que también se pudiera legislar un párrafo en el mismo sentido, tomándolo su origen de la Constitución, en las demás legislaciones aplicables por los órganos del Poder Judicial Federal en la solución de sus controversias, a efecto de regular, con mayor precisión, algún aspecto relacionado con la materia que se tutele por el cuerpo normativo correspondiente.

Conclusiones

En España se detenta un solo Poder Judicial, es decir, no se cuenta con Poder Judicial Federal y Locales, existe un Tribunal Supremo, pero no realiza control constitucional alguno, dado que esa labor se encuentra reservada a un Tribunal Constitucional ajeno al Poder Judicial Español. Es el Tribunal Constitucional, y no el Poder Judicial, el que se encarga de conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad, realizando funciones materialmente jurisdiccionales, con gran influencia del modelo de control constitucional vía judicial austriaco y, por ende, concentrado.

En los Estados Unidos sí existe un Poder Judicial Federal y, a su vez, Poderes Judiciales locales. En el nivel Federal, se detenta un Tribunal Supremo que es la Corte Suprema, quien conoce de las cuestiones de inconstitucionalidad ejerciendo el control judicial, de modo que es ésta la que se conoce como Tribunal Constitucional, con la salvedad del control difuso que permite también que los restantes juzgadores puedan desaplicar las normas cuando consideran que contravienen a la Constitución, en razón del principio de *stare decisis*, teniendo una influencia en el tipo de modelo de control difuso o de control vía judicial americano a consecuencia de la *judicial review* como antecedente principal.

En México, se tiene también un Poder Judicial Federal y Poderes Judiciales locales y se posee un híbrido de los modelos concentrado y difuso, y por ende, de las características y operatividad de los modelos de control constitucional vía judicial austriaco y americano, pues por un lado, al igual que el modelo austriaco, sólo un ente, puede realizar el control de esa constitucionalidad vía judicial, en el caso, el Poder Judicial Federal y algunos de sus órganos jurisdiccionales, siendo el principal la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por otro lado, en el ámbito formal, al igual que ocurre con modelo de control constitucional americano, la declaratoria de inconstitucionalidad sólo se refiere a las partes que intervinieron en la controversia, aunado a que también los entes que ejercen ese control pertenecen al Poder Judicial y no son ajenos a éste.

La instauración de la figura jurídica de la revisión prejudicial o “cuestión de inconstitucionalidad” tomada del caso español analizada y aplicada para los Poderes Judiciales, así como el consolidar la transición de “jueces artesanos” a “jueces constructores” en la forma en que se expuso en este ensayo, podrían lograr el mejoramiento del control constitucional vía judicial, pues se tendría con aquella figura un control mayor de constitucionalidad y, además, ante la posibilidad de evolucionar en torno a la elaboración o construcción judicial del derecho en ciertos casos y con sus matices y salvedades, se dotaría a los juzgadores de facultades que les permitirían fallar en aras del respeto a un canon ético que constituye el objetivo social principal al desarrollar su actividad, como lo sería concretizar la justicia en todos los casos sometidos a su potestad.

Referencias

Bibliográficas

- Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2004.
- Bégne, Cristina, *Jueces y democracia en México*, Porrúa / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- Cárdenas, Jaime, *Una Constitución para la democracia, propuestas para un nuevo orden constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996.
- Carranco, Joel, *Poder Judicial*, Porrúa, México, 2000.
- Castrillón, Víctor, *La protección constitucional de los Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2006.
- Del Castillo, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México (Derecho Procesal Constitucional Mexicano)*, Alma, México, 2004.
- López, Luis *et. al*, *Manuales de Derecho Constitucional*, vol. 1., Tirant Lo Blanch, España, 2003.
- Redondo, María Cristina, “La Justificación de las Decisiones Judiciales”, en *Jueces y Derecho (Problemas Contemporáneos)*, compiladores Miguel Carbonell y otros, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.
- Soberanes, José Luis y Martínez, Faustino, *Apuntes para la Historia del Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 2002.
- Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Normativas

- Constitución de los Estados Unidos de América.
- Constitución Española.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de España.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.