

## LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL LEGISLADOR

Rubén SÁNCHEZ GIL\*

SUMARIO: I. *Notas preliminares*. II. *Problemática*. III. *Cuestiones políticas*. IV. *Autorrestricción o contención judiciales*. V. *Intensidad del control constitucional*. VI. *Construcción “plenamente intensa” del parámetro de control*. VII. *La “intensidad” del control constitucional mexicano*.

### I. NOTAS PRELIMINARES

Antes que nada agradezco a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la invitación a este evento, y en particular al maestro César de Jesús Molina Suárez todas las atenciones y gentilezas que ha tenido para con nosotros; al doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor el inmerecido honor de conferirme la representación del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional para esta ocasión; y a todos ustedes su presencia, porque Cancún en fin de semana es algo muy difícil de resistir y es un gran mérito de su parte acompañarnos este sábado por la mañana.

El tema del que hablaremos, no para dar soluciones o “recetas secretas” sobre el tema sino presentarlo y dar una mera opinión que sirva a su más amplia discusión, es la intensidad del control constitucional sobre el legislador. Pero antes resulta preciso hacer un par de aclaraciones que darán una imagen más completa del mismo.

Primeramente, aunque nos referiremos al contexto mexicano, es preciso decir que lo siguiente aspira a una validez “universal”, al menos por lo

\* Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

que toca al “universo” de sistemas jurídicos constitucionales democráticos,<sup>1</sup> o sea los que cuentan con una ley fundamental y un órgano jurisdiccional encargado de revisar la conformidad con ésta de todos los demás integrantes del sistema, que cuenta con poder para anularlos en caso de no serlo.<sup>2</sup> En la actualidad se desarrolla “un creciente ensamble de principios constitucionales particulares, explícitos o implícitos, que son «comunes» a los distintos Estados constitucionales nacionales”,<sup>3</sup> que llevan a conformar una teoría básica del derecho procesal constitucional, la cual paulatinamente va adquiriendo naturaleza positiva al irse arraigando en las leyes y decisiones judiciales de cada país.

En este escenario, a pesar de los diversos derroteros de evolución histórica que ha cursado la justicia constitucional en cada ordenamiento doméstico, y necesariamente tomando en cuenta sus diferencias determinantes, a grandes rasgos y mínimamente puede decirse que los conocimientos relativos al juicio constitucional de un sistema jurídico podrían ser aplicables en otro. Esto importa en la presente ocasión en dos sentidos: 1) como se advertirá, el análisis de nuestro tema central se aborda desde diferentes perspectivas históricas y jurídicas, como son las tradiciones del *common law* y la romanista —esta última, además, bajo la impronta del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial—,<sup>4</sup> y 2) como ya indicamos, ante la posibilidad de que lo expuesto adelante resulte de utilidad a jurisdicciones distintas a la mexicana.

Seguidamente aclaramos que las posteriores consideraciones no serían exclusivamente atinentes al control jurisdiccional sobre el legislador demo-

<sup>1</sup> Cfr. Alexy, Robert, “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, 2002, p. 113.

<sup>2</sup> Sería prolijo demostrar ahora que la jurisdicción constitucional es elemento integrante de todo Estado democrático. Sin menoscabo del carácter elemental de esta afirmación, véase como referencia Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

<sup>3</sup> Cfr. Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, p. 37.

<sup>4</sup> Sobre la diversidad y semejanza de ambas tradiciones en nuestra materia, ha disertado Michel Rosenfeld en “El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes” (trad. de Rubén Sánchez Gil), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 241-282. Véase también Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

crático en sentido estricto, sino también pueden serlo respecto del efectuado sobre otros operadores jurídicos con atribuciones materialmente legislativas, como el Poder Ejecutivo cuando ejerce su facultad reglamentaria o la de celebrar tratados internacionales, y aun nos atrevemos a decir que pueden referirse a cualquier otra situación en que los tribunales constitucionales llevan a cabo su función de garantes constitucionales, frente a actos realizados por órganos de poder público en uso de facultades discrecionales más o menos amplias. Pero al ser el control del Poder Legislativo un elemento esencial de la jurisdicción constitucional y el paradigma de los problemas que presenta su actividad,<sup>5</sup> nos referiremos únicamente a él.

Como todos sabemos, en el ejercicio de control de constitucionalidad de normas generales, de “leyes” en un sentido amplio, los tribunales constitucionales ejercen un poder *formidable*. Éste nace por un lado de las implicaciones y consecuencias del resultado de su control, que en pocas palabras llegan a consistir en la supresión o expulsión del ordenamiento jurídico, de la obra del legislador representativo del pueblo, y por el otro las dificultades que presenta la construcción del parámetro que sirve para ejercer dicho control, mediante la interpretación de las disposiciones indeterminadas y abstractas de la ley fundamental,<sup>6</sup> actividad que los hace parecer la “medida de todas las cosas” y estar abandonados a su capricho en el ejercicio de sus facultades. No es difícil imaginar la ristra de planteamientos jurídicos, políticos y sociales, a que ha dado lugar este problema “contramayoritario”, como lo llamó Alexander Bickel en su célebre obra crítica.<sup>7</sup>

Ha habido muchos intentos teóricos y jurisprudenciales para limitar este incommensurable poder de los jueces constitucionales, pero a decir verdad todas representan alguna faceta o perspectiva de la doctrina de las *political*

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 13 y 15; Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, C.H. Beck, 1999, p. 49, y Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 263.

<sup>6</sup> Sería inconveniente detenernos ahora en los problemas de la interpretación constitucional. Una sucinta pero comprehensiva y actualizada exposición introductoria al tema, se contiene en Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta-UNAM, 2008.

<sup>7</sup> *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

*questions*, formulada por la Suprema Corte norteamericana desde una época temprana y alumbrada al mismo tiempo que la *judicial review*, o de la *judicial self-restraint*, autorrestricción o contención judiciales, del mismo origen mas de cuño posterior. Prácticamente en ninguna jurisdicción se desconocen estos ensayos, aunque generalmente se ha dedicado más esfuerzo a la segunda, y en esta precisa ocasión nos ocupará un derivado de la misma.

## II. PROBLEMÁTICA

En la jurisprudencia norteamericana se ha elaborado la tesis de que en ciertas ocasiones la Suprema Corte o los jueces en general<sup>8</sup> —que traducido para nosotros serían los jueces constitucionales— pueden ejercer un control “leve” o uno “estricto” respecto de las disposiciones del legislador. La tesis que afirma la existencia de estas dos intensidades de control viene a ser muy importante para los juristas mexicanos, no sólo por ser un tópico general al hablarse de la actividad de la jurisdicción constitucional, que ya resulta un lugar común e incluso una muletilla, sino porque se ha introducido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La doctrina de la “intensidad del control constitucional” halló cabida en la *jurisprudencia 84/2006* de la Primera Sala de nuestro máximo tribunal,<sup>9</sup> que se relaciona con la *jurisprudencia 37/2008* del mismo órgano.<sup>10</sup> Aun sin conocer su contenido o llegando a ignorar por completo a qué se refieren, los mexicanos advertimos inmediatamente la trascendencia de ambos criterios, pero es necesario explicarla a nuestros invitados de otros países.

<sup>8</sup> Recuérdese que en los Estados Unidos opera un control difuso de la constitucionalidad.

<sup>9</sup> “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 29.

<sup>10</sup> “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, *idem*, t. XXVII, abril de 2008, p. 175. Véase también “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD”, Segunda Sala, *idem*, t. XXVII, junio de 2008, tesis 2a. LXXXV/2008, p. 439.

En México el principio *stare decisis* es bastante peculiar porque, al menos según la opinión establecida —que apenas en los últimos años comenzó a verse críticamente—, no todos los tribunales son competentes para sentar precedentes que pueden influir la decisión de otros sino solamente los autorizados por la ley para ello, entre los cuales desde luego figura la Suprema Corte, y aun habiendo sentado un precedente dichos órganos, éste no sería necesariamente vinculante para los de “menor jerarquía”, a menos que se diera en determinadas circunstancias (votación calificada, reiteración en cierto número de asuntos o decisión en procesos constitucionales de importancia, si no escapa otra a nuestra memoria). Esto da lugar a la posibilidad de que un precedente del tribunal constitucional mexicano establecido sin los requisitos que la ley exige para su obligatoriedad, de plano sea pasado de largo por cualquier juzgador pese a las excelentes razones en que apoyaran su criterio los ministros de la Suprema Corte —aun por unanimidad—; entre otros aspectos e implicaciones que por el momento no han de ocuparnos. Indudablemente, este sistema jurisprudencial se funda en la seguridad jurídica, pero no deja de parecer extraño a quienes no están habituados a él.

Al haberlos apoyado la unanimidad de los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte para resolver ininterrumpidamente cinco juicios de amparo, los criterios contenidos en las referidas tesis 84/2006 y 37/2008 constituyen *jurisprudencia vinculante*, y todos los juzgadores mexicanos<sup>11</sup> están obligados a seguirlos. Entonces, cuando algún juzgador conozca de un juicio de amparo u otro proceso que verse sobre la constitucionalidad de una ley, por ejemplo una disposición que tipifica un delito u otra por la cual se establece un impuesto para determinada clase de personas, se encontrará ante la disyuntiva de ejercer o no una “especial intensidad” en su control; por paradigmáticos, más adelante usaremos estos ejemplos para mostrar las consecuencias prácticas del tema.

Hablar de diferentes “intensidades” del control constitucional ha llevado a creer que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales podría modularse por la sola voluntad del juzgador. Nosotros pensamos que el grado de “intensidad” en que el mismo se lleva a cabo, está determinado por

<sup>11</sup> Por referirse al control constitucional, los tribunales que serían inmediatamente susceptibles de aplicar estas jurisprudencias, son los que conocen del juicio de amparo y las jurisdicciones constitucionales estatales. Sin embargo, no se descarte que por analogía sean utilizados por tribunales administrativos.

la propia naturaleza del litigio constitucional particular, y que en realidad alude a una diferente distribución de las cargas argumentativas que pueden darse en el debate procesal y, asimismo, que apunta a que el juez deba distinguir claramente los caracteres de la controversia, pero bajo la idea de *efectuar siempre un control intenso* sobre el legislador.

Platicábamos que dos de las construcciones teóricas que se han elaborado a fin de controlar de alguna manera el poder de la jurisdicción constitucional, son las relativas a las “cuestiones políticas” y la “autorrestricción judicial”. Vale la pena detenernos en ellas y en otros temas afines, porque en el control constitucional de leyes prácticamente confluyen todos los elementos de la dogmática procesal constitucional.

Apoyándonos en la opinión de otros autores, que por supuesto tienen muchas más luces que nosotros, y en precedentes jurisprudenciales, hemos visto que estas doctrinas de la cuestión política y la autorrestricción judicial en realidad no limitan el poder de los tribunales constitucionales como se pretendió que hicieran; según mostraremos a continuación.

### III. CUESTIONES POLÍTICAS

La doctrina de la “cuestión política” aparece en *Marbury vs. Madison*,<sup>12</sup> y así puede decirse que fue el primer tópico elaborado para limitar los amplios poderes del control constitucional judicial. Aunque propiamente no se relaciona inmediatamente con la llamada “intensidad” del control constitucional que ahora nos ocupa, su tratamiento en esta ocasión no importa de manera simplemente anecdótica, porque volveremos tangencialmente sobre este tema en nuestras conclusiones.

La tesis de esta doctrina es que no son susceptibles de examen jurisdiccional aquellos actos realizados en ejercicio de un poder discrecional, es decir dejado “plenamente” al arbitrio de alguna de las ramas del gobierno, por no existir parámetros constitucionales que lo regulen. En *Baker vs. Carr* la Suprema Corte norteamericana formuló una nómina de *political questions*, exentas de su control:

<sup>12</sup> “...el Presidente está investido con ciertos poderes políticos importantes, en cuyo ejercicio debe usar su propia discreción y sólo debe rendir cuentas a su país, en su carácter político, y a su propia conciencia [...] y sin importar la opinión que se tenga sobre la manera en que puede usarse la discreción ejecutiva, no existe ni puede existir poder para controlarla”, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 165-166 (1803).

[1] un compromiso (*commitment*) constitucional, demostrable textualmente, del tema a un departamento político coordinado; [2] o la ausencia de parámetros susceptibles de descubrimiento y manejo judiciales para su solución; [3] o la imposibilidad de decidir sin una determinación inicial política (*initial policy determination*), de un tipo claramente ajeno a la discreción judicial; [4] o la imposibilidad judicial de emprender su resolución independiente, sin expresar falta del respeto debido a las ramas coordinadas del gobierno; [5] o una necesidad inusual de adhesión incuestionable a una decisión política ya tomada; [6] o el potencial enredo por múltiples pronunciamientos de varios departamentos sobre una cuestión.<sup>13</sup>

Fácilmente se advierte que concluir sobre la actualización de una de estas “cuestiones políticas” depende casi totalmente del tribunal y su interpretación constitucional; no de otra cosa derivan los “parámetros constitucionales” que determinan su existencia o el “respeto debido” a los órganos de poder cuyos actos se revisan jurisdiccionalmente. De esta suerte, la doctrina de la “cuestión política” no resulta, como sería deseable, un “límite” inequívoco de la actividad de los jueces constitucionales porque la delgada línea que dibuja debe ser establecida precisamente por los sujetos a quienes pretende controlar.

Y la dificultad en el manejo de esta doctrina es agudizada por los indeterminados pero crecientes alcances de la ley fundamental. Hemos visto en los últimos años que la fuerza normativa de la Constitución se ha expandido a niveles nunca vistos, al grado *no existir casos que carezcan de solución a la luz de las disposiciones fundamentales*, sea en el sentido de que se halle algún parámetro que efectivamente restrinja la discrecionalidad del legislador, o de que el Constituyente le haya autorizado elegir libremente entre diversas posibilidades de acción. Una determinada conducta no puede estar más que prohibida o permitida por la Constitución,<sup>14</sup> y hoy sabemos que de su texto puede perfectamente hacerse derivar una norma que muy específicamente se pronuncie por alguna de estas alternativas.

<sup>13</sup> 369 U.S. 186, 217 (1962).

<sup>14</sup> Pérez Carrillo, Agustín, “La interpretación constitucional”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 86.

## IV. AUTORRESTRICCIÓN O CONTENCIÓN JUDICIALES

Hablemos ahora de la doctrina de la “autorrestricción judicial”, que directamente inspira nuestro tema principal: sugerir al tribunal constitucional que en tales o cuales circunstancias “debería” o no efectuar un control “intenso” del legislador, implica que sus jueces están en posibilidad de llevarlo a cabo u obrar de manera contraria, pues de otro modo no podría entenderse el uso de un vocablo normativo ni la necesidad de hacer esta recomendación.

La *judicial self-restraint* consiste en una moderación que realizan de propio impulso los tribunales constitucionales; en términos coloquiales quiere decir que al revisar los actos legislativos, los tribunales deben “portarse bien” y no invadir la esfera de competencia del legislador. Se trata de un comedimiento que toca ejercer a los jueces al estudiar la constitucionalidad de una ley, que los lleva a no inmiscuirse en aspectos cuya decisión el Constituyente ha dejado al legislador, y analizar sólo si éste transgredió evidentemente las normas fundamentales, y únicamente echar abajo su obra cuando estos claros límites hayan sido franqueados.

Como ya dijimos, esta doctrina tuvo su origen en los Estados Unidos, y ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a establecer ciertas prácticas que deben seguirse en la operación del derecho constitucional: no solucionar cuestiones constitucionales más que como último recurso, en caso de que sea absolutamente necesario por ser imposible evadirlas; resolverlas únicamente cuando hayan sido formalmente planteadas al tribunal y se haya dado un acto inconstitucional en perjuicio de alguna persona.<sup>15</sup> Prácticamente en ella se ha fincado la jurisprudencia de ese país para intentar limitar las facultades de revisión de sus jueces, sobre todo las de la Suprema Corte, como indicó el *justice* Stone al señalar que “el único control sobre nuestro propio ejercicio de poder es nuestro propio sentido de autorrestricción”.<sup>16</sup>

Esta frase revela la ineficacia de la *self-restraint* como límite a la jurisdicción constitucional: si la contención judicial depende exclusivamente del “propio sentido” que los jueces tuvieran de ella, en realidad no los controla sino viene a ser al revés. En términos prácticos: nos limita-

<sup>15</sup> Véase *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-349 (1936) (Brandeis, concurrente).

<sup>16</sup> *United States vs. Butler*, 297 U.S. 1, 78-79 (1936) (disidente).



mos si estimamos conveniente o queremos hacerlo, y así la “autorrestricción” no parece un límite tan claro y efectivo para un tribunal constitucional.

Nos explicamos esta “contención” judicial por cierto “pudor democrático” que siempre ha tenido la judicatura de los Estados Unidos. El papel de intérprete definitivo de la Constitución ha sido muy disputado a la Corte de Washington —y a todos los demás tribunales—, y no sólo en tiempos inmediatamente siguientes a *Marbury vs. Madison*, la sentencia fundante del control judicial de constitucionalidad; apenas hace algunos veinte años lo impugnó Edwin Meese, el procurador del entonces presidente Reagan, alegando que si la Suprema Corte es una rama del gobierno tan ordinaria como el presidente y el Congreso, carece de la calidad superior de intérprete constitucional definitivo.<sup>17</sup> De esta manera puede entenderse el “pudor democrático” de los jueces norteamericanos, y particularmente el de los *justices* que integran la Suprema Corte, y que tengan cierta “pena” de oponerse al legislador que sí posee una legitimidad democrática directa; mas este “pudor” o la “objeción contramayoritaria” al papel de los tribunales constitucionales *carece de sólida justificación*, dada la efectiva preeminencia que otorga el diseño constitucional al tribunal encargado de velar por su salvaguarda,<sup>18</sup> sea implícita o explícita como en los casos alemán y español.

La plena efectividad que pudiera tener la doctrina de la autorrestricción judicial ha merecido críticas incluso en su misma cuna. En los Estados Unidos ha sido rechazada nada menos que por el mismo “gran juez” John Marshall en *Cohens vs. Virginia*, caso en el cual afirmó:

Es muy cierto que esta Corte no ejercerá jurisdicción si no debe; pero es igualmente verdadero que *tiene que ejercerla si debiera*. [...] No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción otorgada, que [el que tenemos] a usurpar el que no se ha dado. Uno u otro traicionaría a la Consti-

<sup>17</sup> Rosenfeld, *op. cit.*, nota 4, p. 247.

<sup>18</sup> Algo que en nuestro país ya había concluido el maestro Ignacio Burgoa en su tesis de licenciatura: *La supremacía jurídica del Poder Judicial de la Federación en México*, UNAM, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1939, p. 89. Del mismo autor véase *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 243-246.

tución. [...] No muestran que puede haber “un caso en derecho o equidad” derivado de la Constitución, al cual no se extienda el Poder Judicial.<sup>19</sup>

Para los países europeos en que está plenamente sentado el carácter de la jurisdicción constitucional como intérprete definitivo de la ley fundamental, la autorrestricción de los jueces simplemente no existe como “límite” de su actuación, o por lo menos se entiende de modo diferente al norteamericano. Haciendo eco de la ya referida opinión de Marshall, en Alemania el tratadista D. Murswiek sostuvo que “[l]a autorrestricción supone la autoatribución... [n]o decidir aunque se [le] haya dado competencia para ello, es para un tribunal una transgresión de su competencia”.<sup>20</sup> Y este autor no es el único que sostiene este pensamiento.<sup>21</sup>

Quizá la más acabada y conveniente expresión de la “autorrestricción judicial” haya sido formulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, al resolver el caso del *Tratado Fundamental*, el acuerdo celebrado en los años cincuenta del siglo pasado entre las otrora dos Alemanias para establecer las reglas de su convivencia —fácilmente puede tenerse una idea de lo “político” de dicho asunto—. En tal ocasión, el tribunal de Karlsruhe afirmó que la *judicial self-restraint* no significa reducir su competencia natural, sino renunciar a “dedicarse a la política (*Politik zu treiben*)” para mantener abiertos los espacios correspondientes a otros ór-

<sup>19</sup> 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 404-405 (1821) (cursivas añadidas). “[E]s esta Corte quien ultimadamente es responsable por decidir las impugnaciones al ejercicio del poder de esas entidades. La decisión de hoy es nada menos que una total abdicación de esa autoridad, más que un ejercicio de la deferencia debida a una rama coordinada del gobierno”, *City of Rome vs. United States*, 446 U.S. 156, 207 (1980) (Rehnquist y Stewart, disidentes).

<sup>20</sup> “Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, 1982, p. 532, citado en Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 339.

<sup>21</sup> Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, p. 1066; y Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, p. 758, citado en Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, p. 141.

ganos constitucionales;<sup>22</sup> es decir no tratar de impulsar sus propias visiones o un determinado programa, y evitar la lucha de poder con otros órganos. Como puede verse, para los alemanes la autorrestricción judicial no es más que un “*ethos* de trabajo judicial (*richterliches Arbeitsethos*)”, un límite moral de su función muy difícilmente controlable pero exigible en alguna medida por la misma naturaleza de su actividad, pues siendo el tribunal constitucional el encargado de mantener a los otros poderes dentro de los confines de sus atribuciones, él mismo ha de procurar contenerse y no transgredir los de su propia competencia.<sup>23</sup>

El curso marcado por la jurisdicción germana es seguido por el Tribunal Constitucional español quien acuñó el concepto de “prudencia judicial” —un matiz que aleja mucho de la “autorrestricción”—. En diversas sentencias este órgano ha sostenido que el control judicial de constitucionalidad le exige “cierta prudencia” y cuidado extremo para “mantenerse dentro de los límites de ese control”, a fin de que “no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo [o a cualquier otro órgano estatal] y respete sus opciones políticas”, especialmente cuando se trata de aplicar “preceptos generales e indeterminados”.<sup>24</sup>

## V. INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

### 1. Intensidades “leve” y “estricta”

Sentado lo anterior sobre la ineficacia e inconveniencia de la “autorrestricción judicial”, pasaremos ya a la exposición de nuestro tema central que deriva de ella: la intensidad leve o estricta del control constitucional.

Esta doctrina, como es fácil imaginar, también es de origen norteamericano; podemos encontrarla *in nuce* en la famosa nota a pie de página del caso *Carolene Products*, donde se señaló que existe un ámbito más estrecho para la operación de una presunción de constitucionalidad de los actos del legislador si estos afectan a ciertos derechos fundamentales importan-

<sup>22</sup> BVerfGE 36, 1 (14-15).

<sup>23</sup> Limbach, *op. cit.*, nota 5, p. 28.

<sup>24</sup> SSTC 108/1986, F. J. 18; 233/1999, F. J. 12; y 47/2005, F. J. 7.

tes para el sistema democrático.<sup>25</sup> A partir de entonces la jurisprudencia norteamericana habla recurrentemente, como en *Hodel vs. Indiana*, de que el límite de los jueces para analizar la constitucionalidad de un acto que se extiende a regular ciertas implicaciones de la cláusula de comercio o diferentes aspectos de la vida económica, es solamente establecer si hay una mínima conexión razonable entre los objetivos buscados por el legislador y los medios que usa para lograrlos,<sup>26</sup> y de que cuando el acto a consideración judicial incide en derechos fundamentales constitucionales, en cambio, aminora la presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y se impone un “escrutinio por mucho más exigente”, como en *Nixon vs. Administrator of General Services*.<sup>27</sup> Refiriéndose al derecho a la igual protección de la ley y para prevenir el uso discriminatorio de clasificaciones legislativas, la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana ha conformado un amplio catálogo de cuestiones sujetas a un “elevado escrutinio de igualdad (*heightened equal protection scrutiny*)”, por incidir en algún derecho fundamental sustantivo.<sup>28</sup>

Aparentemente tenemos así dos diferentes niveles de “intensidad” del control constitucional: uno leve, bajo o aun ínfimo, en que no hay parámetro de constitucionalidad claramente visible, o mejor dicho uno muy débil como la razonabilidad del acto legislativo en cuestión (adecuación entre medios y fines), y uno estricto o elevado que debe efectuarse cuando hay incidencia del acto legislativo en algún derecho fundamental. Retomaremos los ejemplos mencionados en la sección II anterior: el análisis de constitucionalidad de una disposición que tipifica un delito, y el de otra que establece un impuesto para determinada clase de personas.

Evidentemente, en el primer caso es relevante uno de los más importantes derechos fundamentales: la libertad personal. De acuerdo con la “doctrina de la intensidad”, el juez constitucional deberá ejercer un control muy riguroso de la constitucionalidad de esta disposición siendo particularmente exigente con el legislador al requerirle buenas razones y de mucho peso para avalar la norma que impone una sanción privativa de la libertad; no bastaría que se beneficiara de alguna manera el fin legítimo buscado por la ley penal, para justificar tan grave restricción al derecho

<sup>25</sup> *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938).

<sup>26</sup> 452 U.S. 314, 323-324 (1981).

<sup>27</sup> 433 U.S. 425, 506-507 (1977).

<sup>28</sup> *Romer vs. Evans*, 517 U.S. 620, § II (1996).

fundamental con que se relaciona, de ahí la necesidad que el peso de dicho fin y el de su beneficio sea equivalente o mayor a este menoscabo. Se impondría la obligación del juzgador de llevar a cabo un exigente escrutinio de la norma, que considere y pondere minuciosamente las justificaciones que pueda tener dicha disposición.

La otra cara de la moneda es una de las modalidades del segundo ejemplo. Hablamos de esta porque en realidad un acto legislativo de índole “meramente” económica también podría situarse en el grupo del primer ejemplo, si el criterio básico que definiera la inclusión en sus supuestos jurídicos es un elemento referido a un derecho fundamental; por ejemplo: un impuesto a una persona en razón de su sexo, o uno que grave en mayor proporción a medios de comunicación que a otra clase de empresas (lo que hace entrar a la libertad de expresión). En esta hipótesis la clasificación legislativa tendría una incidencia iusfundamental y, por incluirse en la categoría anteriormente explicada, requerirá un escrutinio judicial “elevado”.

Entonces usemos para esta categoría un ejemplo simple de legislación tributaria,<sup>29</sup> que carezca de referencia evidente a un derecho fundamental no patrimonial.<sup>30</sup> Al establecer una determinada tasa como la del impuesto al valor agregado, en general el legislador tiene una muy amplia libertad de configuración que *prima facie* le permite fijarla indistintamente en 10, 12.5 o 15 %; asimismo, el legislador está facultado para establecer diversas categorías de contribuyentes —incluso una pluralidad de ellas— con diferentes obligaciones tributarias. Y los únicos límites en el ejercicio de estas atribuciones son los consabidos de no hacer ruinoso el gravamen, atender la capacidad contributiva y no crear arbitrariamente, sin alguna justificación míni-

<sup>29</sup> Lo dicho al respecto puede llevarse a cualquier otro ámbito de índole económica (civil, mercantil, etcétera.), pero el fiscal es más claro y por eso preferimos utilizarlo como ejemplo.

<sup>30</sup> El derecho de propiedad y cualquier otro de índole patrimonial es de carácter *fundamental* y se encuentra protegido por la Constitución mexicana y el artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véanse “PROPIEDAD PRIVADA. EL DERECHO RELATIVO ESTÁ LIMITADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis P./J. 37/2006, p. 1481, y CIDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, fondo, 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, § 122.

mamente razonable —como la efectiva promoción de un fin extrafiscal—, distinciones entre los sujetos de la obligación fiscal.<sup>31</sup>

De acuerdo con la doctrina de la “intensidad”, la diferencia en el control constitucional en ambos ejemplos, sería que en el primero —tipificación penal— el juzgador habrá de ser mucho más riguroso y *realizar un escrutinio estricto* de la regularidad de esa disposición, y en el segundo llevar a efecto una revisión más superficial, rayana en la lenidad. Como veremos, esta doctrina no es del todo equivocada pero resulta peligrosa porque vela importantes aspectos de la operación constitucional y se vuelve un lugar común irreflexivamente empleado, que ocasionaría la descuidada aplicación judicial en lugar de una que escrupulosamente tome en cuenta todos los elementos —que no son pocos— participantes en ella. La referida doctrina es un ejemplo de lo que el *justice* Frankfurter, al disentir en *Kovacs vs. Cooper*, llamó “jurisprudencia mecánica”: fórmulas que devienen engañosas por ser demasiado simples para expresar “un *complicado* proceso de juicio constitucional”.<sup>32</sup>

## 2. Cantidad y calidad de parámetros

Según dijimos desde el comienzo, el riesgo de aplicar sin mayor reflexión esta doctrina es llegar a pensar que el juez constitucional puede modular a placer la “intensidad” de su control, lo cual no puede ser porque *siempre debe efectuar un intenso control constitucional*: éste no puede darse en el sentido de que el juez hoy sí quiere ser estricto con el legislador y mañana no. En realidad, el problema se trata de una “intensidad” que determinan el número y calidad de parámetros constitucionales relevantes al caso concreto, no la voluntad de los jueces, y siempre partiendo de la presunción de constitucionalidad del acto *sub judice*.

<sup>31</sup> Véanse “SISTEMA TRIBUTARIO. SU DISEÑO SE ENCUENTRA DENTRO DEL ÁMBITO DE LIBRE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA, RESPETANDO LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis 1a./J. 159/2007, p. 111, y “CONTRIBUCIONES. FINES EXTRAFISCALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 153, p. 190.

<sup>32</sup> 336 U.S. 77, 96 (1949) (cursivas añadidas). Este voto particular es precisamente una crítica al empleo de la doctrina de las “*preferred freedoms*” a que dio lugar la referida cita del caso *Carolene Products* (*supra*, nota 24).

Usemos los mismos ejemplos: ¿en qué estriba la diferencia de “intensidad” entre 1) el control ejercido sobre una ley fiscal que establece diversas clases de contribuyentes según elementos “ordinarios”,<sup>33</sup> y 2) el relativo a una que grava de manera diferente a hombres y mujeres (distinción por sexo) o a medios de comunicación y otras empresas (libertad de expresión e información), o una que tipifica un delito? En la relación entre los valores constitucionales *naturalmente* relevantes en cada caso: en el primero sólo interviene como límite legislativo el derecho patrimonial del contribuyente, y en el segundo también lo hacen la igualdad de sexos, las libertades de expresión e información, o la libertad personal, y así en la primera hipótesis el legislador tiene muy amplia libertad de configuración, pero en la segunda una muy estrecha, y esta diferencia nada tiene que ver con la voluntad del juzgador sino con la *naturaleza objetiva* de la cuestión planteada. Para una mejor exposición, ahora usemos ejemplos relativos sólo a la materia fiscal.

*Grosso modo*, los fines de recaudación y, sobre todo, los de promoción de cualquier política social bastarían para justificar la diferencia de trato entre contribuyentes clasificados sobre bases “ordinarias”, de ser esta medida simplemente *idónea y necesaria* para realizar aquéllos,<sup>34</sup> pues la *ponderación* entre el derecho patrimonial por una parte, y por la otra los fines recaudatorio general y extrafiscales concretos de una medida legislativa tributaria, resulta normalmente en que éstos superan a aquél como detallaremos seguidamente.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Como ejemplo de lo último, véase “TENENCIA O USO DE VEHÍCULOS. LOS ARTÍCULOS 13 Y 15-D DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL OTORGAR A LOS PROPIETARIOS DE VEHÍCULOS ACUÁTICOS UN TRATO DISTINTO DEL ESTABLECIDO PARA LOS DE VEHÍCULOS TERRESTRES, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2005)”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 2a. XXVII/2006, p. 537.

<sup>34</sup> Véase *supra*, nota 26.

<sup>35</sup> El análisis de constitucionalidad de la intervención legislativa en un derecho fundamental, cualquiera que sea, debe superar los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* o ponderación; nos ocuparemos sólo del último para reducir a lo indispensable nuestra exposición, y supondremos que se han aprobado los primeros. Véanse “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8, y Sán-

Aun las distinciones legislativas “ordinarias” inciden sobre valores que tutela el orden constitucional, porque las garantías fiscales son “derechos fundamentales de corte económico”, ya que se vinculan con el goce de la propiedad.<sup>36</sup> Los derechos patrimoniales también disfrutan de protección iusfundamental, y promover un “interés público” por sí solo no justifica su afectación y menos la confiscación de bienes o la arbitraria desposesión (arts. 14, 22 y 27 constitucionales).

Una medida que intervenga en el goce de cualquier derecho fundamental sólo sería lícita, si el beneficio que efectivamente produce al interés social que la impulsa fuera equivalente o menor al perjuicio que produce a aquél, según la razonablemente argumentada valoración del juez constitucional. Determinar este balance requiere un *complejo análisis* que establezca cómo y en qué medida participan los intereses opuestos en el caso concreto (social y iusfundamental), valorando los aspectos que a uno perjudica el beneficio del otro y el grado con que esta afectación se realiza. Y lo que sucede es que tanto en una distinción legislativa fiscal “ordinaria” como en otra que también se refiera a derechos fundamentales no patrimoniales, se da la misma *ponderación* considerada procedimentalmente entre las posiciones jurídicas opuestas, pero de manera cuantitativa y cualitativamente distinta.

En el primer caso únicamente hay que considerar si la promoción de un determinado fin social es suficiente para privar al ciudadano de su propiedad, porque aquél se beneficia en igual o superior grado que esta afectación. Y como el *derecho patrimonial* es poco comparable a los fines sociales que abstractamente impulsan la recaudación y menos aún si ésta, además, persiguiera objetivos de carácter extrafiscal (política socioeconómica, de salubridad, ambiental, etcétera); normalmente se concluirá que dicha afectación resulta justificada y proporcionada a los objetivos que promueve, y que el legislador tiene un margen de actuación más amplio. Esto impediría que el juzgador efectúe un estudio más profundo del caso porque no tiene más elementos a controlar, y generalmente deberá declararse la constitucionalidad de la medida impugnada; debe

chez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

<sup>36</sup> “JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS”, Segunda Sala, *idem*, t. XXVII, junio de 2008, tesis 2a. LXXX/2008, p. 447.



entenderse en este sentido la “menor intensidad” de la revisión judicial, que como vemos no depende del juez.

Para fines comparativos mantengamos constante nuestro ejemplo y supongamos que en el segundo caso (clasificación por sexo o empresas de comunicación) los mismos fines (recaudatorio y extrafiscales) impulsan la medida legislativa distintiva. A diferencia del ejemplo anterior, ésta ya no enfrenta únicamente al “débil” *derecho patrimonial* del contribuyente sino también a la *igualdad de género* o la *libertad de expresión* y el *derecho a la información*,<sup>37</sup> es decir, intervienen parámetros constitucionales en mayor número y a primera vista más valiosos. El solo fin recaudatorio ya no justificaría la afectación a todos estos derechos fundamentales, porque la distinción que los toma como base se haría innecesaria pues equiparando las situaciones jurídicas correspondientes el Estado incluso se haría de más recursos, y eso sin entrar a una valoración sustantiva entre la mayor importancia de esos derechos frente a la mera obtención de ingresos fiscales. Y por muy legítimos que sean,<sup>38</sup> los fines extrafiscales que impulsen esta medida legislativa tampoco serían suficientes para tenerla *a priori* por justificada, porque dichos objetivos deberán ser tan valiosos como los derechos fundamentales a que se oponen, y obtener un beneficio mayor o equivalente al perjuicio que se causa a éstos.

Lo anterior muestra que el juzgador debe ir por el mismo camino en todos los casos: establecer los parámetros constitucionales relevantes en la materia, y según su calidad y cantidad determinar si el legislador tuvo un amplio o estrecho margen de acción, y si actuó dentro o fuera de él. En caso de que dicho margen fuera estrecho por existir más y mejores razones constitucionales contra la medida legislativa, para ser lícita ésta deberá tener una justificación en los mismos términos; pero si el arbitrio

<sup>37</sup> Y aquí también puede matizarse, según el medio pertenezca a la discusión política pública u otra categoría informativa; véase “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, tesis 1a. CLXV/2004, p. 421.

<sup>38</sup> Véase Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.

legislativo fuera amplio por enfrentar sólo a bienes reducidos en número y valor constitucional, requerirá una justificación de menor calidad.

El juzgador constitucional no puede elegir si *motu proprio* efectúa un análisis “intenso” o “leve” sobre el acto legislativo, pues no tiene más remedio que hacer valer todos los parámetros constitucionales que fueran relevantes al caso —lo que nos parece pacíficamente sentado—, y en todo caso debe analizar si el legislador interviene con razón suficiente los derechos fundamentales relativos, aunque *prima facie* sean de “escaso” valor en el orden constitucional. Al juez no está permitido estudiar la posible afectación de cierto derecho fundamental menos que la de otro, aunque sin duda hay casos que requieren un análisis más complejo que el de otros, y sólo referida a esta mayor o menor dificultad puede explicarse la “intensidad” del control de los juzgadores constitucionales, y no debe entenderse en el sentido de que éstos pueden darle el grado que deseen.

Si acaso el juez constitucional pudiera modular alguna “intensidad” en el control que lleva a cabo, sería respecto de los alcances más o menos amplios del parámetro de que se sirve, la extensión de los alcances o significación de las disposiciones constitucionales relevantes, es decir, en lo tocante a la *interpretación constitucional*. De esto nos ocuparemos a continuación.

#### VI. CONSTRUCCIÓN “PLENAMENTE INTENSA” DEL PARÁMETRO DE CONTROL

Surge ahora una pregunta que viene a colación con el “garantismo” y el “activismo judicial” de que se ha hablado a lo largo de este evento: ¿qué tan “intensa” debe ser la construcción del parámetro de constitucionalidad? En otras palabras: ¿es preferible que el tribunal constitucional ejerza una interpretación “activista” para dar mayores alcances a las disposiciones fundamentales, o debe reducirlas a su extensión más estrecha y evidentísima? De la respuesta a esta pregunta dependerá en realidad la “intensidad” del control constitucional sobre el legislador: parámetros constitucionales amplios llevan a una mayor restricción a la libertad de configuración legislativa, y a una más profunda revisión judicial; en cambio, unos reducidos producen todo lo contrario.

Nuestra opinión es la siguiente: *el tribunal constitucional debe ser “activista” para interpretar y llevar a la máxima eficacia los principios y*

*valores constitucionales*. Esto se debe a un principio de interpretación constitucional que es el primero en todos los catálogos de directivas hermenéuticas en la materia: las disposiciones constitucionales deben tener *plena eficacia*.

Todas las disposiciones de la ley fundamental están llamadas a regir inmediatamente la conducta humana y no son meras sugerencias ideales; ellas dan lugar a normas jurídicas en todos los sentidos y se les tiene que dar valor normativo.<sup>39</sup> Tal es el postulado que impera actualmente sobre la juridicidad de la ley fundamental: todos sus enunciados son de eficacia plena y directa, salvo muy buenos argumentos en contrario, por el solo hecho de estar contenidas en ella.<sup>40</sup> Como afirmó la Suprema Corte norteamericana en su clásica decisión en *Trop vs. Dulles*:

Las disposiciones de la Constitución no son adagios gastados (*time-worn*) o lemas (*shibboleth*) vanos, son principios vitales y vivientes que autorizan y limitan los poderes gubernamentales en nuestra nación; son las reglas del gobierno. Cuando la constitucionalidad de una ley del Congreso se impugna ante esta Corte, *tenemos que aplicar esas reglas*; si no lo hacemos, las palabras de la Constitución se convierten en poco más que un buen consejo.<sup>41</sup>

Como es obvio, para sucesivamente establecer si tienen alguna relevancia en el caso concreto y la manera en que califican normativamente la situación a estudio, hace falta interpretar las disposiciones constitucionales, determinar el significado que tienen. El problema es que hoy estas disposiciones se hallan plagadas de conceptos indeterminados y esencialmente controvertidos, a los cuales no puede darse concretamente un significado claro y unívoco; pueden haber muchas opciones interpretativas de los enunciados constitucionales, y será preciso al operador elegir una entre ellas. El referido principio hermenéutico prescribe que dicha elección debe recaer en aquella alternativa de significado que otorgue mayores alcances a la disposición constitucional.

<sup>39</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 71.

<sup>40</sup> Da Silva, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 61 y 62, 65 y 73.

<sup>41</sup> 356 U.S. 86, 103-104 (1958) (énfasis añadido).

Los bienes tutelados por la ley fundamental integran un catálogo de “valores objetivos” que su autor pretendió salvaguardar absolutamente en todo ámbito jurídico y realizar plenamente en la práctica.<sup>42</sup> Estos “valores” han de ser consolidados por el intérprete, y para ello debe elegir la opción interpretativa de las disposiciones constitucionales que les otorguen suficiente amplitud para comprender el máximo número de situaciones con que pudieran relacionarse.<sup>43</sup> Esto exige lo que el profesor Konrad Hesse denominó “voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*)”: el impulso natural del operador jurídico para dar a la ley fundamental toda la fuerza que debe tener.<sup>44</sup>

Ejemplares al respecto han sido las resoluciones de los tribunales constitucionales alemán y español sobre disposiciones programáticas, a las que tradicionalmente se negaba juridicidad. Refiriéndose a la cláusula de Estado social del artículo 20 de la Ley Fundamental germana, el primero derivó de esta disposición aparentemente inocua un principio de orientación en la aplicación del resto del orden jurídico, que establece el deber de “realización del Estado social” y orilla al Estado a procurar un “orden social justo”;<sup>45</sup> de ahí tuvo lugar una rica interpretación que originó diversas normas jurídicas concretas. Fundando una importantísima línea jurisprudencial, el segundo habló de reconocer un “mínimo contenido” a las disposiciones programáticas de la Constitución, que impide soslayar su fuerza normativa.<sup>46</sup>

En palabras llanas: los términos constitucionales no están pintados; si los incluye el texto de la ley fundamental es para algo y se les debe dar la *máxima eficacia posible*. Al proceder al examen de constitucionalidad de una ley, el juzgador es el encargado de llevar a plenitud los valores de la Constitución, esforzándose por realizar una interpretación que les dé todo el alcance posible a pesar de su indeterminación; esto requiere un pormenorizado análisis de la cuestión planteada, las disposiciones fundamentales relevantes a ella, y una construcción del pará-

<sup>42</sup> Postulado fundamental de la teoría constitucional axiológica, cuyo origen jurisprudencial se ha establecido que es el caso *Lüth* resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 7, 198).

<sup>43</sup> Véase Vigo, *op. cit.*, nota 21, pp. 142-151.

<sup>44</sup> *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 12.

<sup>45</sup> BVerfGE 59, 231 (262-263).

<sup>46</sup> STC 15/1981, F. J. 8.

metro de control que lo haga “intenso”, es decir que influya lo más fuertemente posible en la determinación normativa de las situaciones *sub judice*. Por ser la única opción que garantiza la fuerza de la Constitución, preferimos una labor judicial “activista” que procure dar máximo alcance a todas las disposiciones constitucionales, a una “contenida” que minimice la ley fundamental.

#### VII. LA “INTENSIDAD” DEL CONTROL CONSTITUCIONAL MEXICANO

No es imposible entender en México la “intensidad” del control constitucional, del modo que acabamos de explicar. Esto viene a cuento precisamente para incluir las referidas tesis 84/2006 y 37/2008 de su Primera Sala,<sup>47</sup> dentro de la “teoría” del juicio constitucional que ha elaborado la jurisprudencia del mismo máximo tribunal.

La “cuestión política” también se ha referido en México para establecer límites a la actuación del Poder Judicial. Por su admiración al derecho constitucional norteamericano, nada extraña que Ignacio Vallarta fuera quien importara este tópico para solucionar el tema de la “incompetencia de origen”; pero creemos que en nuestro país se adoptó con alcances más amplios que en los Estados Unidos, porque se hizo de él un “principio general” imperante en todo el ordenamiento y no se formuló sólo como limitación procedimental de la competencia judicial.<sup>48</sup>

Últimamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de tocar el tema, y se refirió de manera expresa a *Baker vs. Carr*<sup>49</sup> como era obligado. Nuestro tribunal constitucional tuvo este precedente como un intento para “establecer criterios que identifiquen los casos que deben ser considerados cuestiones políticas y que, por lo mismo, escapen al control jurisdiccional”; reconoció que su catálogo es insuficiente para obtener una clara relación de las *political questions*, por lo cual éstas sólo pueden detectarse casuísticamente y de ninguna manera formularse una nómina rígida y establecida de antemano; pero previno contra la posibilidad de “judicialización” de cuestiones “estrictamente políticas”, que haría exceder los “fines y princi-

<sup>47</sup> *Supra*, notas 9 y 10.

<sup>48</sup> Véase Sánchez Gil, Rubén, “Resolución de “cuestiones políticas”: controversia constitucional y procedimiento senatorial”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, § III.

<sup>49</sup> *Supra*, nota 13.

pios” de la controversia constitucional (vía procesal en que se resolvió lo anterior).<sup>50</sup>

Permitásenos hacer notar algunos matices de esta decisión, sin adentrarnos particularmente en el tema porque el punto es que con ella se rechazó crear un listado de asuntos *a priori* “injusticiables”. La Suprema Corte de Justicia de la Nación con acierto se aparta de la jurisprudencia de los Estados Unidos porque el “pudor democrático” que ésta manifiesta, al que ya aludimos, ha determinado las restricciones que se han impuesto a sí mismos sus tribunales; de este “pudor” no debe padecer nuestra jurisdicción ya que su papel de revisor constitucional del legislador está más que claramente sentado.<sup>51</sup> Es perfecto que nuestro tribunal constitucional no admitiera la formación de un catálogo de “cuestiones políticas” que escaparan al análisis judicial, porque impidió cerrar *ex ante* el acceso a la justicia garantizado por el artículo 17 de la Constitución. Mas dados los posibles alcances de las disposiciones constitucionales —de lo que luego nos ocuparemos—, mejor hubiera sido admitir la procedencia de cualquier medio de control constitucional<sup>52</sup> para el estudio de cuestiones aparentemente “políticas”, a fin de hacer posible un pronunciamiento judicial y un efectivo control de la constitucionalidad; esto no llevaría a que el tribunal remplazara al órgano de poder justiciable, pues si de alguna manera el acto estudiado correspondiera a su amplísima discrecionalidad según la Constitución, así deberá declararse jurisdiccionalmente siguiendo la idea de que su realización está permitida, no prohibida, por la ley fundamental.<sup>53</sup>

En México no se ha elaborado una doctrina completa de la *judicial self-restraint*, sino apenas se sugiere que los jueces de amparo no pueden “sustituir” a las autoridades responsables e imponer su propio criterio sobre cuestiones dejadas al arbitrio de éstas;<sup>54</sup> dicho entre paréntesis, esto

<sup>50</sup> Primera Sala, controversia constitucional 140/2006, 15 de agosto de 2007, con. II, pp. 29 y ss.

<sup>51</sup> *Supra*, nota 18.

<sup>52</sup> A menos que como en el juicio de garantías, expresamente se excluya del análisis judicial a determinados actos muy precisamente definidos. Véase el artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo (disposición que nos parece criticable, pero con indudable fuerza normativa).

<sup>53</sup> *Supra*, nota .

<sup>54</sup> “TRIBUNALES FEDERALES DE AMPARO, ATRIBUCIONES DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 538, p. 353.

tiene una dirección similar a la que dio la jurisprudencia alemana a la contención judicial. A este lugar común tan trillado por nuestros tribunales se añaden las decisiones cuyo análisis es tema central de esta investigación,<sup>55</sup> razón por la que es preciso establecer el lugar correcto que éstas tienen en el sistema jurídico de nuestro país.

Hemos visto que el juzgador constitucional (Suprema Corte, tribunales colegiados y jueces de distrito) en realidad no puede modular a placer la “intensidad” con que analizan los actos del legislador, pues introducir en su escrutinio menos elementos constitucionales que los debidos, implicaría que “abdican de su autoridad” constitucionalmente otorgada.<sup>56</sup> La “intensidad” a que se refieren las jurisprudencias que nos ocupan, simplemente debe tomarse como el reconocimiento de que existen casos en los cuales hay más y mejores parámetros constitucionales que en otros, y de que aquéllos exigen un análisis más complejo por parte del juzgador. Para la correcta impartición de justicia constitucional no podemos contentarnos con tópicos de “jurisprudencia mecánica” que la simplifican demasiado, haciéndola burda y superficial.<sup>57</sup>

La cuestión de cuál debe ser la “intensidad” con que el juez constitucional mexicano revise los actos del legislador, se refiere entonces a cómo debe interpretar la Constitución. Y en congruencia con lo que ya dijimos al respecto, opinamos que la jurisdicción mexicana *siempre* debe efectuar un “intenso” control constitucional dando a las disposiciones constitucionales los máximos alcances posibles, para hacerlas aplicables a los casos concretos con toda su fuerza normativa, no obstante que sean indeterminadas o sumamente abstractas.

El principio de interpretación constitucional que ordena dar plena eficacia a las disposiciones constitucionales, se sustenta primordialmente en el reconocimiento a un orden axiológico fundamental, que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación diciendo en el caso *Temixco* que “el texto constitucional refleja un *sistema de valores*” cuya actualización e integración corresponde al “órgano de control” constitucional.<sup>58</sup> Aunque

<sup>55</sup> *Supra*, notas 9 y 10.

<sup>56</sup> *Supra*, nota 19.

<sup>57</sup> *Supra*, nota 32.

<sup>58</sup> Pleno, controversia constitucional 31/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Noeva Época, t. XI, enero de 2000, con. V, pp. 665 y ss. (cursivas añadidas al texto transcrito). Véase también “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA

el significado de la teoría axiológica constitucional no ha sido jurisprudencialmente explorado a cabalidad en México, sí podemos afirmar que sobre él puede fincarse en nuestro sistema el principio de máxima eficacia de la Constitución; encontramos notables ejemplos de esta “intensa” interpretación constitucional en el significado de la presunción de inocencia<sup>59</sup> y en la sola formulación del principio de “fortalecimiento municipal”.<sup>60</sup>

Adelantándonos a posibles objeciones, debemos decir que esta “intensidad” hermenéutica no debe conducir a un ejercicio exorbitante de la competencia jurisdiccional, que lleve a los jueces a “sustituir” el criterio de órganos democráticos y representativos por el suyo. La libertad de configuración legislativa está avalada por diversos principios expresamente previstos en disposiciones de la Constitución (artículos 40 y 49), a las que *también* corresponde una plena eficacia normativa, y ésta se expresa, concretamente para el examen de proporcionalidad *stricto sensu* (ponderación) que referimos, en considerar el peso de dicha discrecionalidad constitucionalmente avalada, y en la regla que impide declarar ilícita una intervención legislativa en un valor constitucional, cuando se perjudica a éste de manera equivalente al beneficio obtenido por el fin social que la promueva, según resulte del análisis *racional* que este examen implica.<sup>61</sup>

DE DEBIDO PROCESO LEGAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN, DEBE RESPETARSE A LAS PARTES PARA INTERPRETAR SI LA DEMANDA FUE PROMOVIDA OPORTUNAMENTE”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 102, p. 84.

<sup>59</sup> “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 2a. XXXV/2007, p. 1186.

<sup>60</sup> BIENES INMUEBLES DEL MUNICIPIO. CUALQUIER NORMA QUE SUJETE A LA APROBACIÓN DE LA LEGISLATURA LOCAL SU DISPOSICIÓN, DEBE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN II, INCISO B), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ADICIONADO POR REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE DICIEMBRE DE 1999”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XVIII, agosto de 2003, tesis P./J. 36/2003, p. 1251.

<sup>61</sup> Véanse *supra*, nota 9, y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 35, p. 117.