



LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Rubén SÁNCHEZ GIL*

*Al maestro Héctor Fix-Zamudio,
con respeto y admiración*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El temor reverencial al legislador*. III. *La presunción de constitucionalidad como dato argumentativo*. IV. *Referencias en la jurisprudencia mexicana*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más importantes y quizá menos analizados en torno al proceso constitucional es la presunción de conformidad a la ley fundamental, otorgada a los actos impugnados en él y en particular a los legislativos;¹ su importancia radica no solamente en ser punto de partida del debate desenvuelto ante la jurisdicción constitucional, sino en converger en instituciones de la dogmática constitucional contemporánea tan importantes como el principio de interpretación conforme a la Constitución.²

* Doctorando en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ La presunción de constitucionalidad es aplicable a todo acto sometido a examen jurisdiccional y no sólo a los legislativos; pero dado que la impugnación de éstos es el paradigma de los casos constitucionales, nos referiremos principalmente a ellos en este trabajo. Véanse *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156, 207 (1980) (Rehnquist y Stewart, disidentes); *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648, 667 (1979) (Rehnquist, disidente); y *Castaneda v. Partida*, 430 U.S. 482, 505 (1977) (Burger, Powell y Rehnquist, disidentes).

² Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, pp. 21 y 22; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 96.

Siendo el derecho procesal constitucional, según la ya clásica definición del jurista a quien hoy rendimos homenaje, la rama jurídica que estudia los procedimientos de solución de los “conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales”,³ su estudio no puede llevarse a cabo soslayando el origen, desarrollo y, sobre todo, las implicaciones de dicha figura para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, por lo que —siquiera someramente— intentaremos dar un panorama general de esta figura y referir a su aplicación en el derecho mexicano.

La presunción de constitucionalidad mantiene vínculos con diversos ámbitos del derecho procesal constitucional, todos ellos relacionándose entre sí; tales son la interpretación constitucional y los límites de actuación de la jurisdicción especializada en esa materia. El grado de complejidad de la interpretación de la ley fundamental que puedan llevar a cabo los tribunales constitucionales, la mayor o menor firmeza que tenga la presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y los límites de actuación legítima de la jurisdicción constitucional, se relacionan de una manera poco clara respecto de la causalidad que mantienen recíprocamente. Dicho en otras palabras, si —como inicialmente fue— los tribunales constitucionales sólo pudieran controlar al legislador ante violaciones constitucionales extremadamente “evidentes”, los actos de este último tendrán una fortísima presunción de constitucionalidad y los límites de actuación de aquéllos serían más bien restringidos. Por el contrario, la posibilidad de un examen más o menos riguroso de los actos legislativos, que no sea meramente superficial, revelaría una presunción de constitucionalidad débil y mayor amplitud para el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales.

Es común recurrir a la presunción de constitucionalidad como elemento decisivo en la adjudicación constitucional y, en ocasiones, el único tomado en cuenta; pero, como ha reconocido la misma Corte estadounidense, el recurso a esta figura no es una “fórmula precisa”,⁴ pues al admitir diversas reservas, o bien por las circunstancias del caso concreto bajo decisión judicial, no admite aplicación mecánica sino prudencial y reflexiva —al grado de que pueda hasta dudarse de su utilidad—. En este trabajo haremos un breve recuento de las diferentes visiones que existían sobre

³ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, p. 46.

⁴ *Cfr. McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 425 (1961).

la presunción de constitucionalidad al inicio del siglo XIX y de la que prevalece ahora; continuaremos con un análisis de cuál es el papel de esta figura dentro de la argumentación procesal constitucional y, finalmente, referiremos cómo ha sido tratada por la jurisprudencia mexicana.

Aludiremos primordialmente a la jurisprudencia estadounidense, aunque la presunción de constitucionalidad (*presumption of constitutionality*) no sea de su uso exclusivo. Lo anterior se explica muy fácilmente: esa idea prácticamente nace junto con el constitucionalismo que, como se sabe, vio la luz en los Estados Unidos de América, de manera que la bicentenario Suprema Corte de ese país —donde tiene una posición privilegiada— la ha aplicado en sus decisiones durante las etapas históricas por todos conocidas y consecuentemente en muy variadas circunstancias, formando un firme y preciso cuerpo doctrinal a su respecto, no obstante aún tener algunos puntos discutibles.

Dos temas trataremos específicamente en relación con esta figura argumentativa: el examen de vulneración del principio de igualdad y los “actos inconstitucionales en sí mismos”. Está de más poner de manifiesto la importancia del primer tópico y no pretendemos redundar en la prolija literatura a su respecto, mas consideramos que es fundamental abordarlo en esta oportunidad sobre el preciso aspecto de la “presunción de inconstitucionalidad” que se ha aplicado a las distinciones legislativas, pero que, como veremos, en realidad es producto de la elevada complejidad del análisis relativo. La doctrina de los “actos inconstitucionales en sí mismos”, formulada por los tribunales de nuestro país a partir del texto de la Ley de Amparo, llama la atención por ser una peculiaridad de nuestra dogmática procesal constitucional que a su vez requiere una observación más detenida y reflexiva sobre la presunción de constitucionalidad que generalmente se aplica a los actos impugnados en ése y otros procesos mexicanos.

II. EL TEMOR REVERENCIAL AL LEGISLADOR

1. Orígenes de la presunción de constitucionalidad

En forma germinal, la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos puede verse en la apología de la *judicial review* formulada

por Hamilton, quien señala como función de los tribunales “declarar nullos todos los actos contrarios al sentido *evidente* de la Constitución”.⁵ Esta expresión, aparentemente inocente, en realidad lleva una importante inclinación a favor de la actividad legislativa y se relaciona con la llamada “objeción contramayoritaria” al control judicial de constitucionalidad.⁶

La idea —muy arraigada para los siglos XVIII y XIX— de que la jurisdicción consistía en un simple poder de aplicación de la ley y no de decisión política,⁷ hacía indudable la idea de que los tribunales carecían de facultades de anulación en “casos dudosos” y que únicamente la tenían en los que fuera inobjetable la transgresión del legislador a sus límites, porque correspondía a los tribunales sólo “imponer la observancia del significado que pudiera claramente encontrarse (*to be found*) en [ellas]” y no atribuirles uno a través de su decisión autónoma, pues esto último se pensó atribución exclusiva de las “ramas políticas” del gobierno, con lo que tuvo lugar un “principio de deferencia legislativa”⁸ expresado por el aforismo *in dubio pro legislatore*.⁹

⁵ *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. LXXVIII, p. 331 (énfasis añadido).

⁶ Consistente en la impugnación de la jurisdicción constitucional por la falta de legitimidad democrática que requeriría para nulificar actos de autoridades que sí están investidas con ella, a diferencia de los juzgadores, al ser designadas por elección popular, que en realidad expresa un miedo a la posibilidad de un “gobierno judicial” y ya se encuentra superada o, por lo menos, sin la misma intensidad y constancia que al inicio. Véanse Rosenfeld, Michel, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, p. 652; Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1064 y 1065; Häberle, Peter, “Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständiger Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Badura, Peter y Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, vol. I, p. 317.

⁷ “Los tribunales son meros instrumentos de la ley y no pueden tener voluntad (*can will nothing*)... El Poder Judicial nunca se ejerce con el fin de dar efecto a la voluntad del juez; siempre para dárselo al de la legislatura o, en otras palabras, a la de la ley”, *Osborn v. Bank of United States*, 22 U.S. (9 Wheaton) 738, 866 (1824).

⁸ Wolfe, Christopher, “From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America”, *First Principles Series*, Washington, The Heritage Foundation, núm. 2, 3 de marzo de 2006, pp. 2 y 3.

⁹ Cfr. Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 165.

Este respeto al órgano legislativo puede encontrarse desde muy temprano en la jurisprudencia estadounidense. En el clásico caso *Calder v. Bull* (1798), el *justice* Chase dijo: “Me encuentro en la necesidad de interpretar, o explicar, las palabras «ley *ex post facto*» porque no llevan consigo un significado determinado. Pero no iré más allá de lo que me siento obligado a hacer; y si alguna vez ejerciera la jurisdicción, a ninguna ley declararé nula sino en un caso *muy claro*”.¹⁰

Y algunas líneas abajo en el mismo asunto, con más facundia, el *justice* Paterson expresó que

...[de] una Constitución, que ningún límite impuso al Poder Legislativo, la consecuencia sería que cualquier cosa preceptuada por éste sería lícitamente dispuesta y *el Poder Judicial nunca podría interponerse para declararlo nulo*. Es cierto que algunos juristas especulativos han sostenido que un acto legislativo contrario a la justicia natural tiene que ser, en sí mismo, nulo; pero *no puedo pensar que, bajo un gobierno [constitucional] tal, algún tribunal de derecho tuviera atribuciones para declararlo así...*

Con el propósito, por lo tanto, de evitar tan gran mal [de una legislatura omnipotente], [...en la Constitución el pueblo quiso] definir con precisión la materia (*object*) del Poder Legislativo y restringir su ejercicio dentro de límites señalados y establecidos. Si algún acto del Congreso... viola estas disposiciones constitucionales, es incuestionablemente nulo; empero, admito, en tanto la autoridad para declararlo nulo es de una naturaleza delicada y tremenda (*awful*), *la Corte nunca deberá recurrir a ella sino en un caso claro y urgente*.¹¹

En la sentencia hito de *Marbury v. Madison*, dictada apenas un lustro luego de la que recién expusimos, se amplió el margen interpretativo de los tribunales al reconocerse que “[e]nfáticamente es ámbito y deber (*province and duty*) del Departamento Judicial decir lo que es el derecho”;¹² aunque su autor, el *great chief justice* Marshall, más bien sostuvo una marcada reverencia hacia el legislador al grado de que es a él —nada ex-

¹⁰ 3 U.S. (3 Dallas) 386, 395 (énfasis añadido).

¹¹ *Ibidem*, 398-399 (cursivas añadidas).

¹² 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803). Es notable la influencia de Hamilton en este pasaje; véase *op. cit.*, nota 5, núm. LXXVIII, p. 332.

taño por éste y otros motivos— a quien se debe la formulación de la presunción de constitucionalidad, como enseguida expondremos.¹³

El célebre juzgador estableció la opinión de que la conformidad de una ley con la Constitución debía decidirse “en sentido afirmativo en un caso dudoso”, pues “no sobre leves implicaciones y vagas conjeturas debe pronunciarse que la legislatura trascendió sus poderes”, sino sólo cuando “el juez sienta una clara y fuerte convicción” sobre la incompatibilidad entre la Constitución y la ley;¹⁴ años más tarde sostuvo, más contundentemente, que “la presunción es a favor de todo acto legislativo, y que toda la carga de la prueba (*the whole burthen of proof*) recae sobre quien niega su constitucionalidad”.¹⁵ Esta última idea es un constante lugar común en la jurisprudencia estadounidense,¹⁶ visto como un “benéfico principio de decisión judicial”¹⁷ que constituye “una salvaguarda sabiamente concebida para mantener a los tribunales dentro de sus límites constitucionales en el ejercicio de su extraordinario poder de revisión judicial”,¹⁸ por el cual se expresa precisamente la *definición* de la presunción de constitucionalidad.¹⁹

¹³ Véase también *supra*, nota 7. No debe descartarse que el —ahora lo llamaríamos así— activismo de Marshall en *Marbury v. Madison*, contrastante con otras de sus sentencias en las que manifiesta una clara “deferencia legislativa”, se debió a que su resolución en ese caso fue más una maniobra política propia de “devaluadas democracias del tercer mundo” que una decisión objetiva e imparcial; *cfr.* Mendonca y Guibourg, *op. cit.*, nota 9, p. 148, n. 2; y especialmente González Oropeza, Manuel, “*Marbury v. Madison: la política en la justicia*”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. I, pp. 315-331.

¹⁴ *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87, 128 (1810).

¹⁵ *Brown v. Maryland*, 25 U.S. (12 Wheaton) 419, 436 (1827).

¹⁶ *Legal Tender Cases*, 79 U.S. (12 Wallace) 457, 531 (1871); *O’Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Insurance Co.*, 282 U.S. 251, 257-258 (1931); *Walters v. National Association of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305, 366 (1985) (Stevens, Brennan y Marshall, disidentes); *Bowen v. Kendrick*, 483 U.S. 1304 (1987); y *Concrete Pipe & Products of California, Inc. v. Construction Laborers Pension Trust for Southern California*, 508 U.S. 602, 637 (1993).

¹⁷ *Metropolitan Casualty Insurance Co. v. Brownell*, 294 U.S. 580, 584 (1935).

¹⁸ *Pollock v. Williams*, 322 U.S. 4, 30 (1944) (Reed, disidente).

¹⁹ “La regla de presunción de constitucionalidad impone a quien alega la inconstitucionalidad de una ley la carga de argumentar convincentemente que existe una incompatibilidad insuperable entre la norma expresada en la formulación legal... y la norma expresada por la formulación constitucional”. Mendonca y Guibourg, *op. cit.*, nota 9.

El elemento determinante para la inserción de esta figura en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, antes y después de las anteriores opiniones de Marshall, indudablemente fue la deferencia de los tribunales hacia el legislador que, en nuestra opinión, tuvo origen en su —digámosle— “pudor democrático” ante la precariedad de sus facultades de anulación de los actos legislativos e interpretación definitiva de la Constitución,²⁰ apenas afianzadas en la segunda mitad del siglo XX una vez que hizo lo propio el principio *stare decisis* en los albores de esa centuria,²¹ debido a su carencia de un fundamento textual expreso por la que de vez en cuando han sido cuestionadas y politizadas —mucho más que las de los tribunales constitucionales europeos, incluyendo al Consejo Constitucional francés, que pudiera esperar más impugnaciones de este orden—. ²²

Las siguientes palabras de ese tribunal, expresadas a través de Marshall, muestran esta consideración por la asamblea legislativa, sin obstar que líneas abajo se haya dicho que controlar la constitucionalidad de las leyes es “un deber ante el que no nos atrevemos a retroceder”:

Esta Corte no puede ser insensible a la magnitud o a la delicadeza de esta cuestión. Debe examinarse la validez de un acto legislativo; y la opinión del más alto tribunal de derecho de un Estado debe revisarse —una opinión que trae consigo evidencia intrínseca de la diligencia, habilidad e integridad con la que se formó—. En más de una ocasión, esta Corte ha expresado la *cautelosa circunspección* con la cual se aboca a considerar tales cuestiones, y declarado que *en ningún caso dudoso* pronunciaría que un acto legislativo es contrario a la Constitución.²³

²⁰ “El control judicial no consistió [inicialmente] en *dar* significado a las disposiciones que no fueren claras... la labor de escoger cómo interpretarlas y aplicarlas se dejó en manos de las ramas políticas —las democráticamente responsables— del gobierno”, Wolfe, *op. cit.*, nota 8, p. 4 (cursivas en el original).

²¹ Cfr. Fowler, James y Jeon, Sangick, *The Authority of Supreme Court Precedent: A Network Analysis*, Davis, Universidad de California (Davis), documento de trabajo, 29 de junio de 2005, pp. 1-3 y 7-9; Fried, Charles, *Saying What the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2004, p. 4; Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 558 y 559. Véanse *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); y *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

²² Rosenfeld, *op. cit.*, nota 6, pp. 637 y 638; González O., *op. cit.*, nota 13, p. 328.

²³ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheaton) 518, 625 (1819) (cursivas añadidas).

Y más reveladora es la opinión (disidente) del *justice* Washington en el caso decidido el 13 de marzo de 1827, apenas un día después de rendir Marshall la opinión en *Brown v. Maryland* que ya referimos:

No es sino un debido respeto a la sabiduría, integridad y patriotismo del cuerpo legislativo, por los cuales pasa toda ley, presumir a favor de su validez hasta que su violación a la Constitución se pruebe *más allá de toda duda razonable*. Tal ha sido siempre el lenguaje de esta Corte cuando la materia requiere su decisión; y sé que expresa los honestos sentimientos de todos y cada uno de los miembros de esta judicatura (*bench*).²⁴

Esta misma reverencia hacia el órgano legislativo es evidente en las resoluciones de las primeras épocas de la Corte estadounidense²⁵ y ha estado tan arraigada que explícitamente se la ha tenido en cuenta incluso ya bien entrado el siglo XX,²⁶ en razón de que la anulación de los actos legislativos es “el más grave y más delicado deber que [la] Corte se aboca a realizar”.²⁷ A partir de la presunción de constitucionalidad, la jurisprudencia estadounidense ha elaborado toda una dogmática²⁸ integrada en buena parte por las doctrinas de la “duda constitucional”, consistente en suponer que el legislador previó sus límites constitucionales y no tiene intención de transgredirlos;²⁹ la de evitar la innecesaria solución de

²⁴ *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. (12 Wheaton) 213, 270 (cursivas añadidas).

²⁵ Véase *Legal Tender Cases*, *cit.*, nota 16; y *supra*, notas 10 y 11.

²⁶ “Esta Corte acuerda, y lo debe hacer, una fuerte presunción de constitucionalidad a las leyes (*Acts*) del Congreso. Esto no es un mero gesto de cortesía; es la deferencia debida al juicio deliberado de las mayorías constitucionales de las dos cámaras (*Houses*) del Congreso, de que [la expedición de] una ley se encuentra dentro del poder que se le delegó o es necesario y conveniente a su ejercicio”. *United States v. Five Gambling Devices*, 346 U.S. 441, 449 (1953). Véanse, también, *Walters v. National Association of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305, 319-320 (1985); *Schweiker v. Wilson*, 450 U.S. 221, 243-244 (1981) (Powell, Brennan, Marshall y Stevens, disidentes).

²⁷ *Blodgett v. Holden*, 275 U.S. 142, 148 (1928) (Holmes).

²⁸ Véase Rotunda, Ronald D. y Nowak, John E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999, vol. 5, pp. 245-249.

²⁹ Véanse *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173, 190-191 (1991); y *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283, 299-300 (1944). Relacionándose con el principio de “caridad interpretativa” o “equidad hermenéutica” y el postulado del “legislador racional” al que no hay que atribuirle intenciones “manifiestamente improbables”, *cfr.* Igartua Salaverria, Juan, “El postulado del legislador racional (entre metodo-logía y mito-logía)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), núm. 28, septiembre-diciembre de 1990, p. 115; Ferrai-

cuestiones constitucionales³⁰ y la opción por una alternativa interpretativa de la ley acorde a las normas fundamentales, o sea una “interpretación conforme a la Constitución (*in harmony with the Constitution*)”.³¹

2. *La maltrecha deferencia legislativa*

Tanto la tradición de la *judicial review* como la kelseniana que caracterizó a los tribunales constitucionales como un simple “legislador negativo”, pensaron originalmente el control jurisdiccional de la constitucionalidad con alcances muy limitados y no pretendieron llevar su ejercicio más allá de casos “claros” y “evidentes”.³²

Pero los tribunales constitucionales —empezando por el supremo estadounidense— han respondido a *nuevas relaciones políticas y económicas*³³ y a la inclusión en los textos fundamentales de normas de carácter social y cláusulas generales con reconocida carga axiológica que, superando el carácter meramente defensivo de los derechos fundamentales, imponen al poder público “deberes de prestación” cuya protección judicial exigió a los jueces salir de la pasividad en que se les había confinado y recurrir a su creatividad —o activismo— para tutelarlos con eficacia y mantener la supremacía constitucional frente al legislador.³⁴

ris, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2003, p. 30; Iser, Wolfgang, *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 51 y 52.

³⁰ *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304, 327-328 (1987).

³¹ *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603, 617 (1960); *The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86, 101 (1903); y *United States v. Duell*, 172 U.S. 576, 582 (1899). Véase *supra*, nota 2.

³² *Supra*, nota 5; Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 36 y 37.

³³ *Cfr.* Wolfe, *op. cit.*, nota 8, pp. 7 y 8.

³⁴ *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 402-404; Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 110-114; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad jurídica de los derechos sociales”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-60; Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, pp. 348 y 349; Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales”.

Las nuevas estructuras jurídicas suscitaron el abandono de clásicos paradigmas de la función judicial³⁵ y orillaron a los tribunales a no ser más la “boca del Constituyente”, sino precisamente a poner palabras en ella o en la del legislador, lo que hoy constituye el “núcleo de la tensión” entre la legislación y la jurisdicción constitucional.³⁶ Esta compleja influencia activa de la jurisdicción constitucional en el ordenamiento jurídico lo ha alejado del inocuo “legislador negativo” que fue originalmente; encontramos ejemplos notables de ello en las sentencias de tribunales constitucionales que agregan a la ley disposiciones omitidas por el legislador o sustituyen las establecidas por éste —típicas en Italia—, declaran vinculante por su propia autoridad una de las alternativas de interpretación de la ley (adecuadora o “conforme”), o bien, como sucede en Alemania, no nulifican la ley o su texto sino que excluyen condicionadamente de su aplicación a una constelación de casos (declaración parcial de nulidad sin reducción del texto normativo).³⁷

Los tribunales ejercen en la actualidad una mayor intervención sobre los actos legislativos, ya no limitada a los “casos evidentes” sino caracterizada por la sutil y profunda apreciación de decisiones legislativas, debido a la complejidad de la vida social y al refinamiento en los actos que han de controlar y, por lo tanto, su papel es resolver los casos “difíciles” antes que los “fáciles”, lo cual además es justamente una de las finalidades de su misma existencia;³⁸ asimismo, puede decirse que los conflictos

les. Una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Estudios sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 99 y 100.

³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2004, pp. 917 y 918.

³⁶ 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. 290.

³⁷ Véanse Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, trad. de Miguel Carbonell, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 352-359; Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Munich, C.H. Beck, 2001, pp. 264-267.

³⁸ Cfr. Wolfe, *op. cit.*, nota 8, p. 10. Véase *Schneider v. State (Town of Irvington)*, 308 U.S. 147, 161 (1939).

relativos a la *interpretación minuciosa de las disposiciones fundamentales*, aquellos en que precisamente es “dudoso” el sentido de éstas y tienen los tribunales que definirlo, son ya la “versión tradicional” de los litigios constitucionales.³⁹ En nuestro tiempo, si los tribunales sólo pudieran declarar la inconstitucionalidad de leyes cuya irregularidad fuera tan “evidente”, su facultad de control sería probablemente sólo una ilusión.

Finalmente, en esta menoscabada reverencia al legislador además ha tenido gran impacto ya no considerar sus actos como “expresión de la voluntad general” sino, sencillamente y en el mejor de los casos, la de la mayoría; la “voluntad general” ahora es representada por la voluntad constitucional formulada en las disposiciones de la ley fundamental —que la jurisdicción constitucional la exprese es algo más difícil de tratar—, que tiene fines precisamente contramayoritarios y tendentes al control de las mayorías parlamentarias.⁴⁰

3. *Aplicación en otras jurisdicciones*

La presunción de constitucionalidad no es una figura, ya lo señalamos, privativa del derecho estadounidense; diversas jurisdicciones la utilizan como un importante elemento de su argumentación —entre ellas la mexicana, a la que dedicaremos una sección posterior—.

El Tribunal Constitucional Federal alemán recurrió a la presunción de constitucionalidad en su sentencia fundante del principio de interpretación conforme a la Constitución —de claro y admitido origen estadounidense—.⁴¹ Aunque no es frecuente que el tribunal de Karlsruhe emplee

³⁹ Cfr. Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 59. Véase *supra*, nota 12.

⁴⁰ Cfr. Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 227-230; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 31; Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 120; Isensee, Josef, “Verfassungsrecht als «politisches Recht»”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, t. VII, pp. 122-124.

⁴¹ “[E]s necesario interpretar y aplicar este precepto [legal] de modo que... se garanticen también todas las otras normas sobre el derecho al libre tránsito —en especial la elevada norma del artículo 11.2 de la Ley Fundamental—. Esto es tanto más indispensable como valga generalmente el principio de que una ley no debe declararse nula si puede

dicha presunción o aluda a ella en su jurisprudencia, basta para tener a la mencionada resolución como una muestra notable que con ella se originó una de las principales características, más bien “caballo de batalla”, del llamado neoconstitucionalismo.⁴²

El Consejo Constitucional francés tampoco alude expresamente a la presunción de constitucionalidad; incluso ésta —como principio procedimental— puede indebidamente confundirse con la “presunción de conformidad (*présomption de conformité*)” a la Constitución, con la que sin duda se emparenta pero no identifica, aplicada a aquellos actos derivados de otros cuya constitucionalidad es incontrovertible (*ne peut être contestée*), aun cuando fueran efectivamente violatorios de las disposiciones constitucionales sustantivas o preambulares (!).⁴³ Sin embargo, aunque más tardíamente y siguiendo en mucho la usanza italiana, el *Conseil* comenzó a emplear la interpretación conforme a la Constitución, a la que subyace la presunción de constitucionalidad según la referimos en este trabajo, bajo el nombre de “declaración de conformidad a la Constitución bajo reserva”.⁴⁴

En España, la institución que estudiamos tiene gran relevancia, y se aprecia en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional una esencial coincidencia con la Corte estadounidense. Aquél firmemente ha sostenido que “la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrol-

interpretarse en consonancia con la Constitución, porque no sólo se expresa una presunción (*Vermutung*) a favor de que una ley es acorde a la Ley Fundamental, sino el principio que se manifiesta con tal suposición también exige en caso de duda una interpretación de la ley conforme a la Constitución (*eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*)”, BVerfGE 2, 266 (282). *Cfr.* Bogs, *op. cit.*, nota 2, p. 21; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 294 y 295; y *supra*, nota 31.

⁴² Véanse Schuppert, Gunnar Folke y Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 56; Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, 2001, pp. 153-183.

⁴³ Véanse 60-6 DC (15 de enero de 1960); Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., Paris, Dalloz, 2003, pp. 194 y 195.

⁴⁴ 68-35 DC (30 de enero de 1968), 80-127 DC (19 y 20 de enero de 1981) y 84-181 DC (10 y 11 de octubre de 1984). Véase Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 43, pp. 445-447, 617 y 618.

da”,⁴⁵ derivada de la obligación de los reclamantes de “colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan”, exponiéndole “las razones por las que... entienden que las disposiciones impugnadas transgreden el orden constitucional”, deber que también exige el derecho de defensa de sus contrapartes.⁴⁶

III. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD COMO DATO ARGUMENTATIVO

1. *El principio de inercia en el proceso constitucional*

Todo proceso entraña la conformación de un *debate* relativo a pretensiones contradictorias de sus partes, en el que éstas discursivamente aportan razones para incitar al juzgador a satisfacer su interés.⁴⁷ Como cualquier otro, el debate judicial inicia con la proposición (demanda) de cambio de un estado inicial de cosas, un *statu quo*, al que se integra una negativa (*contestatio*) que da lugar a la confrontación en la que consiste todo litigio; éste no tiene lugar abstractamente sino insertándose en una determinada situación —el mencionado *statu quo*— formada por ciertos hechos o presupuestos a considerar como “datos” (del latín *datum*, lo “dado”) del problema debatido, sobre los cuales incide la proposición a partir de la cual se desarrolla el diálogo argumentativo de las partes; dichos “datos” son un conjunto integrado por ciertos acuerdos implícitos o explícitos de los polemistas —indispensables para la existencia del debate—⁴⁸ y posiciones que han de asumirse según la localización del problema debatido y la proposición inicial.⁴⁹

⁴⁵ STC 43/1996, F.J. 5. Criterio reiterado con invocación expresa de este precedente en SSTC 242/2004, F.J. 4; 245/2004, F.J. 3; 100/2005, F.J. 2; y 331/2005, F.J. 5.

⁴⁶ SSTC 11/1981, F.J. 3; 43/1996, FF.JJ. 3 y 5; 96/2002, F.J. 4; y 100/2005, F.J. 2.

⁴⁷ Cfr. Plantin, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002, p. 39.

⁴⁸ De lo contrario, se cae en una confrontación infinita en la que se cuestionan los aspectos más elementales, que constituye el llamado “trilema de Münchhausen”. Véase Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 223.

⁴⁹ Cfr. Plantin, *op. cit.*, nota 47, pp. 33-37, 122, 123 y 127.

El proceso constitucional evidentemente también participa de las generalidades anteriores. El debate planteado en él versa sobre la conformidad o inconformidad de un acto con las normas de la ley fundamental, basándose el actor en la supuesta existencia de esta última para pretender la nulidad del acto que impugna;⁵⁰ la demanda del actor propone así una transformación del *statu quo*: eliminar del ordenamiento jurídico el acto reclamado previamente existente, tema sobre el cual se “localiza” el problema constitucional. Los datos de la polémica constitucional, aparte de los acuerdos necesarios entre las partes —por ejemplo, que la Constitución es válida y rige la controversia, el sometimiento a la jurisdicción del tribunal, etcétera—, incluyen la adopción de una posición respecto del problema planteado: estimar inicialmente, *prima facie*, si el acto impugnado debe tenerse por conforme a la Constitución o por irregular.

En su teoría de la argumentación, Perelman acuñó el *principio de inercia* —que se relaciona con el de igualdad—, consistente en el deber de aportar *justificaciones*, correspondiente a quien intenta cambiar una situación establecida, o sea al proponente de esa transformación;⁵¹ de esta “inercia” Alexy deriva una “regla de la carga de la argumentación” (*Argumentationslastregel*), que en el discurso argumentativo obliga a quien hace una determinada afirmación a aportar fundamentos, razones y justificaciones para ella, eximiendo de lo mismo a quien por el contrario la cuestione o ponga en duda.⁵² La argumentación, entonces, es conservadora y el mantenimiento del *statu quo* es preferible a falta de razones bastantes para su alteración, porque la proposición de realizar esta última plantea y ubica el problema a partir de la afirmación del proponente de la necesidad de modificar una situación ya dada, cuyo cambio inmotivado no estaría justificado.⁵³

Proponiendo el actor del proceso constitucional una transformación del *statu quo* mediante la nulidad del acto que impugna, a él corresponde exponer justificaciones para que se lleve a cabo, en tanto plantea la modificación de la situación actual para la cual no existe —antes de la im-

⁵⁰ Cfr. *supra*, nota 3; Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 76, n. 149.

⁵¹ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 51.

⁵² Véase *op. cit.*, nota 48, pp. 216, 217 y 242-245.

⁵³ Cfr. Plantin, *op. cit.*, nota 47, pp. 122 y 123.

pugnación— alguna razón para que sea modificada; por eso, el mantenimiento de la situación cuestionada en el proceso constitucional goza de preferencia si no existen razones aportadas por el actor para su transformación; es decir, en principio el acto reclamado debe gozar de una *presunción de constitucionalidad* que corresponde refutar al promovente.

Ésta es análoga a la presunción de inocencia aplicable al ejercicio de las manifestaciones punitivas del poder público, a la “carga de la prueba” civil —aunque en este ámbito, por la variedad de pretensiones que en él se pueden hacer valer, la situación es más compleja— y, en especial, a la *presunción de validez o de legalidad administrativa*.⁵⁴ Todas estas presunciones a favor del *statu quo* son simplemente un dato otorgado por el mismo planteamiento del problema jurídico, que representa el *punto de partida*⁵⁵ del correspondiente debate, y constituyen un “enunciado de certeza existencial” que sirve a éste de base;⁵⁶ aunque dichos puntos de partida se determinan por una cierta postura ideológica general y previa que los ubica y les otorga la importancia con que se les percibe, como acontece con la de inocencia, que implica cierta idiosincrasia sobre el poder del Estado y la dignidad humana, y la de constitucionalidad, que deriva de un respeto —aun mínimo— al papel democrático del legislador, a la vez que de la intención de dar un papel en alguna medida pasivo a la jurisdicción constitucional.⁵⁷

Como punto inicial del debate procesal, la presunción de constitucionalidad no es absoluta y más bien tiene carácter *juris tantum* al admitir “prueba en contrario”; es únicamente una posición preliminar sobre la cual incide la actividad procesal. Tampoco es gratuita, sino que implica también ciertas “condiciones externas mínimas de legitimidad”, por lo que aquellos actos *manifiestamente* inconstitucionales no gozarán de ella, como los llamados “inconstitucionales en sí mismos” por la jurisprudencia mexicana, de los que luego nos ocuparemos.⁵⁸ Por supuesto, esta última característica habrá de ser tan grosera y palmaria que su irre-

⁵⁴ Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 260-266; Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3a. ed. México, Harla, pp. 60 y 61; Brage Camazano, *op. cit.*, nota 50.

⁵⁵ SSTC 13/1992, F.J. 12, inciso h; y 5/2004, F.J. 3.

⁵⁶ Cfr. Wróblewski, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, ed. de Zenon Bañkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 151-153, 180 y 181.

⁵⁷ Véase *supra*, nota 18.

⁵⁸ *Infra*, apartado IV.2.

gularidad sea de inmediata percepción para cualquiera, supuesto francamente improbable en la actualidad y de reconocimiento bastante discutible, por lo que prácticamente la regla será presumir la regularidad constitucional de los actos impugnados en la gran mayoría —casi totalidad— de los casos.⁵⁹

La presunción de inconstitucionalidad impone al actor constitucional la “carga de argumentación”: el deber procesal de exponer las razones y motivos por los cuales estima inconstitucional el acto que reclama, actividad que requiere desarrollar para comunicar sus razones al tribunal y éste tenga conocimiento de ellas, para la satisfacción de su propio interés.⁶⁰ Dicha “carga de argumentación” no debe confundirse con la “carga de la prueba”; ésta se refiere a la comprobación de los hechos en los que se apoyan los argumentos del actor —o los de su contraparte—;⁶¹ el promovente siempre habrá de expresar argumentos al tribunal para que éste tutele su pretensión, y en ello puede hacer valer hechos positivos o negativos que funden sus razonamientos,⁶² estando obligado sólo a probar la ocurrencia de los primeros; así, aunque siempre recaerá sobre el actor la carga de argumentación, es posible que ésta no coincida con la carga de la prueba, por lo que no deben confundirse como generalmente se hace en el lenguaje cotidiano y, en particular, respecto de la presunción de constitucionalidad.⁶³

2. “Preferred freedoms” y otros principios fundamentales

También al derecho estadounidense corresponde la doctrina de las “libertades preferentes (*preferred freedoms*)”, aquellas de tal importancia

⁵⁹ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 574 y 575.

⁶⁰ Cfr. Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 2000, t. II, p. 734. Véanse Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, pp. 45 y 46; y *supra*, nota 45.

⁶¹ Cfr. Rivas, Pedro, “La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, p. 23.

⁶² Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverria, México, Fontamara, 2003, p. 240.

⁶³ *Supra*, nota 15.

para el sistema democrático que sólo admiten restricciones en atención a un “peligro claro y actual (*clear and present danger*)”;⁶⁴ compartida en cierto modo por el Tribunal Constitucional español.⁶⁵ Se caracterizan por una posición prevalente —mas no absoluta y definitiva— que ocasiona “un ámbito más estrecho para que opere la presunción de constitucionalidad”;⁶⁶ de modo que ésta tendrá una fuerza mucho menor cuando la medida legislativa impugnada afecte a una de ellas.

Normalmente, cuando un acto legislativo simplemente regula aspectos de naturaleza económica, o bien lo impulsan fines de política social, goza de una “fuerte” presunción de constitucionalidad que sólo puede superarse demostrando que el legislador incurrió en una clara y notable arbitrariedad e irracionalidad, debido a la inexistente relación entre los objetivos que persigue y las medidas que dicta para conseguirlos.⁶⁷ Pero cuando dicho acto interfiere con un “derecho constitucional fundamental”, como las libertades de expresión y prensa o los derechos electorales,⁶⁸ con la composición de instituciones representativas, la división de poderes o aspectos fundamentales del gobierno como el federalismo,⁶⁹ la presunción de constitucionalidad resulta “débil” y “no se aplica con igual fuerza”.⁷⁰

En estos últimos casos, de acuerdo con la Suprema Corte estadounidense, se impone un “escrutinio judicial estricto” que no sólo atienda a la

⁶⁴ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529-530 (1945). Véanse, también, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919); *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 115 (1943); y *Mine Workers v. Illinois Bar Association*, 389 U.S. 217, 222 (1967). Para una exposición doctrinal véanse Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 14-18; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 131.

⁶⁵ SSTC 171/1990, F.J. 5; y 336/1993, F.J. 4.

⁶⁶ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938).

⁶⁷ *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1, 15 (1976); *Mathews v. De Castro*, 429 U.S. 181, 185 (1976); *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314, 324-325 y 331-332 (1981); *Concrete Pipe & Products of California, Inc. v. Construction Laborers Pension Trust for Southern California*, 508 U.S. 602, 637 (1993).

⁶⁸ *McDonald v. Board of Election Commissioners of Chicago*, 394 U.S. 802, 806-807 (1969); *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621, 627-628 (1969).

⁶⁹ *New York v. O'Neill*, 359 U.S. 1, 6 (1959).

⁷⁰ *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 506-507 (1977).

simple razonabilidad (idoneidad) entre las disposiciones legislativas y sus objetivos, sino que agregue el parámetro consistente en que ellas deben ser “estrechamente «confeccionadas» a la medida (*‘tailored’ narrowly*)” para procurar la menor lesión posible al derecho relativo;⁷¹ además, en tales casos *se invierte la carga de la argumentación* y será el órgano demandado, autor del acto impugnado, a quien corresponderá demostrar la constitucionalidad del mismo.⁷²

Cuando se encuentra en juego un “derecho constitucional fundamental”, como una *preferred freedom* o la distribución competencial federal, no se trata de una excepción a la “presunción de constitucionalidad” sino que ésta sencillamente es, según se vea, más fácil de desvirtuar o más difícil de mantener, porque sólo requiere —pero indispensablemente— de quien impugna la constitucionalidad de la ley, simples manifestaciones de una “causa de pedir” que expongan su ubicación en una posición privilegiada que el legislador sólo puede modificar mediante una justificación especial y relevante.

Hecho lo anterior, simplemente se invierte la carga de la argumentación —lo que es un *mero y natural flujo argumentativo* y no una “presunción de inconstitucionalidad”— contra quien sostiene la regularidad del acto legislativo, a fin de que demuestre que éste afecta proporcionalmente la situación de su contraparte de una manera en la que el bien jurídico que dicha medida legislativa promueve, en el caso concreto, adquiere *igual* o *mayor* valor que aquélla.⁷³

⁷¹ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 16-17 (1973).

⁷² *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, § III (2000).

⁷³ Evidentemente hablamos de la aplicación de un examen de proporcionalidad *stricto sensu* —es decir de una “ponderación”, tercer nivel del principio homónimo en sentido lato— que a pesar de no conocerse por la referida nomenclatura y la precisión que le ha dado la doctrina europea, en sustancia no es desconocido en los Estados Unidos, donde se le denomina *balancing test*; la ponderación implica también la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos —o como más precisamente indica la jurisprudencia alemana: una “presunción de corrección (*Vermutung der Richtigkeit*)” de la valoración legislativa—, pues de otro modo no se entendería que aún siendo “igual” el beneficio del interés impulsado por la medida legislativa impugnada que el perjuicio ocasionado al derecho fundamental que interviene, se mantuviera la constitucionalidad de aquélla. *Cfr.* Serna y Toller, *op. cit.*, nota 64, pp. 10 y 11; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 790; BVerfGE 7, 377 (412). Véanse *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968); y *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563, 568 (1968).

3. *El principio de igualdad y la presunción de (in)constitucionalidad*

A. *El intrincado análisis del principio de igualdad*

Al examinarse si un acto legislativo vulnera el principio de igualdad, son también aplicables las anteriores consideraciones, en tanto dicho principio es piedra angular de cualquier ordenamiento democrático actual. La determinación del punto de partida del estudio de violaciones legislativas al principio de igualdad, como cualquier otro, sólo puede tener una respuesta categórica: o se presume constitucional la distinción legislativa a estudio o, contrariamente, se le tiene *prima facie* por inconstitucional; esta cuestión presenta en el tema de la igualdad aspectos muy sutiles e intrincados, razón por la cual ambas alternativas gozan de partidarios, lo que ya por sí es una derrota a la arraigada presunción de constitucionalidad.

El principio de igualdad, como es sabido, se traduce para la autoridad legislativa en el *deber* de tratar idénticamente situaciones en esencia análogas y hacerlo en forma diferente cuando no se asimilen, como lo expresa el apotegma “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.⁷⁴ Siendo obligación del legislador dar idéntico trato a supuestos esencialmente similares, respetando la igualdad ante el derecho de todas las personas,⁷⁵ se concluye que “la regla debe ser la igualdad [y] las desigualdades deben ser la excepción”,⁷⁶ a lo cual fácilmente se añade el corolario de *presumir la inconstitucionalidad* de las distinciones o clasificaciones legislativas, que debe superar el legislador mediante la acción positiva de manifestar en sede constitucional razones objetivas suficientes para justi-

⁷⁴ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-CONAPRED, 2005, p. 91. Véase, también, Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 359 y ss.

⁷⁵ La preferencia por el trato igualitario, sin duda, proviene del postulado revolucionario francés y es uno de los más importantes signos de ruptura con el *ancien régime* e inauguración de la época moderna. Véase Pérez Portilla, *op. cit.*, nota 74, pp. 26-28.

⁷⁶ Carbonell, *op. cit.*, nota 64, p. 163 (cursivas añadidas). La jurisprudencia española ha negado un “derecho a la desigualdad” correlativo a la “discriminación por indiferenciación”, lo que puede ser muy discutible; véanse SSTC 16/1994, F.J. 5; y 308/1994, F.J. 5; y, reconociendo la posibilidad de vulnerar el principio de igualdad por indiferenciación, *infra*, nota 86.

ficar ese trato diferenciado y aportar los medios que comprueben los hechos en que ellas se basan.⁷⁷

Es inobjetable que el legislador tiene en principio el deber —que sólo a él toca cumplir— de tratar “igual a los iguales” y, de no hacerlo, tener justificación suficiente para ello —sea ésta presumida o demostrada—; mas no puede dejarse de atender que ciertamente el legislador tiene un margen de “libertad de configuración legislativa (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)”, como lo llama la doctrina alemana, dentro del cual puede decidir discrecionalmente en la formación de la voluntad política democrática, y cuya evaluación concreta no corresponde a la jurisdicción constitucional mediante la sustitución del criterio legislativo por el propio.⁷⁸ Alrededor de estos dos aspectos gira precisamente la argumentación en el examen de la igualdad y puede verse entonces que requiere muy finas apreciaciones. La primera de éstas consistirá en determinar las cargas de argumentación —¿quién debe demostrar qué?— de las partes para, seguidamente, considerar la cuestión de fondo del problema —¿cuál es el criterio para medir una “desigualdad” inconstitucional?—, y en ambas tiene un papel importante la presunción de constitucionalidad. Comencemos por tasar las diferentes posturas que tienen las perspectivas estadounidense y europea.

B. Posturas estadounidense y europea

La jurisprudencia estadounidense, en relación con la *equal protection clause* de la enmienda XIV, opinó generalmente que “la presunción de constitucionalidad puede superarse (*can be overcome*) sólo por la más explícita demostración de que una clasificación [legislativa] es una discriminación hostil y opresiva”, la cual queda a cargo de quien reclama su licitud;⁷⁹ según ella, corresponde al impugnante demostrar que la legisla-

⁷⁷ La Corte Suprema de la República Argentina opinó así en *Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires*, afirmando que “toda distinción efectuada... en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la ley fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad”. Citado en Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 64, n. 10.

⁷⁸ Véase Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 216-218 y 242.

⁷⁹ *Madden v. Kentucky*, 309 U.S. 83, 88 (1940). Véanse, también, *Lindsley v. Natural*

tura actuó irracionalmente o realizó un acto discriminatorio, debiendo el tribunal suponer la existencia de un “estado de cosas” y su consideración legislativa para tener presuntamente justificada una distinción de trato,⁸⁰ sin que desvirtúen esa suposición meras afirmaciones generales.⁸¹ Lo anterior debe tomarse ahora con algunas reservas porque, como ya también señalamos, luego se exceptuó de esta directiva a las distinciones legislativas que inciden en principios constitucionales fundamentales, en los que se impone un “*heightened equal protection scrutiny*”⁸² y recae sobre el legislador la carga de justificar sus acciones.⁸³

La “fortísima” presunción de constitucionalidad de las distinciones legislativas en la jurisprudencia estadounidense, amén de que se formó en consideración a la elevada calidad del legislador que nadie niega —incluso los “audaces” tribunales europeos—, derivó según señalamos líneas arriba de un “pudor democrático” ante su disputada posición de intérprete constitucional definitivo. Lo anterior explica a nuestro parecer que la Suprema Corte de los Estados Unidos adoptara una actitud muy reservada y asumiera como regla general sostener de inicio que el legislador actúa legítimamente y que quien afirma la inconstitucionalidad de la ley tiene a su cargo la prueba diabólica de la insuficiencia o la inexistencia de razones del legislador al establecer una distinción legislativa.

Para las jurisdicciones europeas la situación es distinta, porque indiscutiblemente han tenido siempre el carácter de “intérpretes auténticos” de sus Constituciones —como los tribunales alemán y español— y nadie duda de que, al examinar una ley, y sobre todo por su posibilidad de anularla con efectos generales, la eminente asamblea legislativa es ante el Tribunal Constitucional un justiciable como cualquier otro. De ahí se en-

Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61, 78-79 (1911); *Railroad Retirement Board v. Fritz*, 449 U.S. 166, 184 (1980) (Brennan y Marshall, disidentes); *Schweiker v. Wilson*, 450 U.S. 221, 243 (1981) (Powell, Brennan, Marshall y Stevens, disidentes); y *supra*, nota 17.

⁸⁰ La presunción de constitucionalidad, en esta tesitura, adquiere una “máxima fuerza” cuando “aparece que el preciso punto en cuestión aquí fue considerado por el Congreso y explícita y deliberadamente resuelto”; pero “puede tener poco realismo si los comités legislativos (*congressional*) responsables y sus líderes, al manejar una iniciativa (*bill*) dijeron al Congreso que ésta no logrará lo que se invoca en esta Corte que cubre la ley (*Act*)”, *United States v. Five Gambling Devices*, 346 U.S. 441, 449 (1953).

⁸¹ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 185 (1935).

⁸² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). También sostenido por el Tribunal Constitucional Federal alemán; BVerfGE 88, 89 (96-97).

⁸³ *Supra*, nota 72.

tiende la formación del parámetro consistente en que *la diferencia de trato legislativo debe basarse en la existencia de una “justificación objetiva” adecuada al mismo acto y no en la simple autoridad del legislador*, compartido e inculcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁴ y que ya había formulado casi diecisiete años antes el Tribunal Constitucional Federal alemán (23 de octubre de 1951) para demarcar “en jurisprudencia firme los presupuestos (*Voraussetzung*) de una vulneración del principio general de igualdad”,⁸⁵ expresando que ésta se da “cuando *no puede hallarse un motivo razonable* para la diferenciación legal o el tratamiento igualitario, resultante de la naturaleza de las cosas o de alguna manera *objetivamente evidente*”.⁸⁶

Es radical la diferencia entre los enfoques estadounidense y europeo. En el primero, obsequiando “debida deferencia” al órgano legislativo y suponiendo con timidez la sabiduría de su autoridad, la constitucionalidad de la ley se mantiene aunque no existan razones que apoyen el trato diferenciado o permanezcan ocultas, suponiéndose en todo caso que el legislador tuvo dichos motivos *aunque no haya indicio de ellos*, de no demostrar (suficientemente) el impugnante que sufre una “opresiva” discriminación.⁸⁷ La postura europea no supone gratuitamente la existencia de justificaciones sino que éstas deben ser por lo menos “objetivamente evidentes”, de modo que si la legislatura —u otra parte interesada— no las expone al defender su acto o por el tribunal no son apreciables al tribunal,⁸⁸ no puede tenerse por legítima tal distinción. Resumiendo, po-

⁸⁴ Véanse TEDH, *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*, núms. 1474/62 *et al.*, fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § B.10; y STC 22/1981, F.J. 3.

⁸⁵ Hesse, *op. cit.*, nota 78, p. 189.

⁸⁶ BVerfGE 1, 14 (52) (cursivas añadidas). Véanse, también, BVerfGE 81, 156 (205-207); y SSTC 76/1990, F.J. 9, inciso A; 253/2004, F.J. 5; 138/2005, F.J. 4; y 213/2005, F.J. 4.

⁸⁷ Recuérdese, además, que la *judicial review* estadounidense se da por vía de excepción y no de acción como en los procesos europeos —asimismo característica del sistema procesal constitucional mexicano—, en la cual la legislatura es parte procesal llamada al juicio para tener la posibilidad de actuar en defensa de sus actos; lo que consideramos que también impulsa en aquélla la preferencia hacia el “indefenso” legislador. Véase Grant, James y Clifford, Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1963, pp. 34 y 37.

⁸⁸ Lo que puede realizar un tribunal constitucional sin perjuicio del principio de *igual-*

dríamos decir *por el momento* que aparentemente en el sistema estadounidense el trato diferenciado tiene una presunción de “constitucionalidad” y en el europeo una de “inconstitucionalidad” derivada de la obligación del legislador de tener justificaciones para establecer una distinción de trato —obviamente, de forma previa a ello—. ⁸⁹ Suena fundada esta última tesis por las razones que expondremos a continuación.

Primeramente, un “pudor democrático” al estilo estadounidense es inconcebible ahora que la jurisdicción constitucional está afianzada como supremo intérprete de la ley fundamental. El beneficio de la duda otorgado al legislador, en todo caso y simplemente, es una consideración al ejercicio de una función constitucional análoga a la otorgada a cualquier otro demandado, *no una genuflexión*.⁹⁰

En segundo lugar, y más determinante, como al establecer diferencias de trato el legislador debe no actuar caprichosamente sino contar con suficientes motivos que las legitimen, al implicar un cambio en la situación “natural” consistente en el trato igualitario a personas y supuestos, conforme al principio argumentativo de inercia a él correspondería demostrar la existencia y suficiencia de esos motivos, no a quien las negare hacer lo propio con su inexistencia o insuficiencia, para justificar la alteración que produce en situaciones homólogas.⁹¹ Esto trae la *reducción de los márgenes de arbitrariedad del legislador y asegura la racionalidad de sus actos* —o, por lo menos, que se preocupe por tener “buenas razones” al emitir sus actos—, lo que nos parece claramente saludable en un Estado constitucional democrático.⁹²

dad procesal, ya que implica suplir la defensa del legislador demandado, si también está en libertad de analizar motivos de inconstitucionalidad omitidos o expresados deficientemente por el actor, como sucede por el interés público que representan en la gran mayoría de los procesos constitucionales en México, de los que se exceptúa el amparo mexicano de estricto derecho —muy criticable por lo expuesto y por otras razones—. Véanse los artículos 2o. de la Ley de Amparo y 3o., *in fine*, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁸⁹ En la “discriminación por indiferenciación” no es distinto; correspondería a quien sostiene la necesidad de la diferencia soslayada por el legislador, exponer razones bastantes para justificarla. Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, año 2, núm. 2, 1997, pp. 244 y 245, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19720216.pdf>.

⁹⁰ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 78, p. 28.

⁹¹ Véase *supra*, apartado III.1.

⁹² Cfr. Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de

C. Equiparabilidad de situaciones

En todo caso, la aparente inconstitucionalidad *prima facie* de una distinción legislativa no es inmediata, pues se requiere que se sienta un presupuesto básico: que las situaciones en juego sean efectivamente equiparables. La reclamación de toda diferencia de trato implica la afirmación de que el supuesto “especial” es homólogo al “genérico” respecto del cual se distingue, que corresponde demostrar a quien impugne una determinada clasificación legislativa mediante “términos de comparación adecuados” y manifestando “indicios” de una posible distinción de trato ilícita.⁹³ En términos prácticos: al efectuarse la instancia correspondiente, debe exponerse la similitud entre una posición original y la que el legislador aparta de ella, a partir de la cual se funda la supuesta ilegítima desigualdad.

Conviene aquí distinguir en dos clases de trato diferenciado: los que pueden hacerse entre *personas* y los relativos a *situaciones*, que podríamos denominar distinciones “personales” y “materiales”. La primera distingue según las *cualidades de los sujetos* a quienes se dirigen, hasta cierto punto esenciales e inmutables, estableciendo varias categorías de personas;⁹⁴ las segundas, dirigidas a la universalidad de los sujetos, aplica diferentes consecuencias a su contingente ubicación en una determinada *hipótesis circunstancial*, dependiente más de un acto o hecho que de características personales propias de las personas, por lo que sin dificultad cualquiera puede encontrarse en uno u otro lado.⁹⁵

Esta clasificación ha tenido un emblemático desarrollo en la jurisprudencia española. El Tribunal Constitucional hispano indicó en un comienzo que el principio de igualdad aplicaría sólo cuando “se ha introducido *directa o indirectamente* una diferencia de trato *entre personas*”, mientras que tratándose de una “distinción material” únicamente se ad-

Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, 2001, p. 53. Sobre las “buenas razones” véase Alexy, *op. cit.*, nota 48, pp. 399 y ss.

⁹³ Cfr. SSTC 138/2005, F.J. 3; 213/2005, F.J. 4; 16/2006, F.J. 3; y 54/2006, F.J. 4.

⁹⁴ Como ejemplos algo burdos, independientemente de que sean distinciones lícitas o ilícitas, ténganse los siguientes: la necesidad de un título universitario para la autorización del ejercicio profesional; la exigencia de saber conducir un automóvil para obtener una licencia de manejo; o la de ser varón para tener derecho a votar.

⁹⁵ Asimismo: la aplicación de una multa a quienes transgreden la luz roja del semáforo o la imposición de una contribución determinada por el consumo de tales o cuales productos.

viertiría una vulneración a la simple interdicción de arbitrariedad;⁹⁶ pero más adelante el tribunal hispano, siguiendo al de Estrasburgo, amplió su opinión y sostuvo que se violaría el principio de igualdad si en la ley se introdujera “una diferencia entre *situaciones* que puedan considerarse iguales”.⁹⁷

Nos parece más acertada esta última posición, porque las distinciones legislativas “materiales” implican una “indirecta diferencia de trato entre personas” tasable también bajo el principio de igualdad. Considerar que el principio de igualdad también aplica en ellas, además de proporcionar-le máxima fuerza normativa, serviría a un mayor control de los actos legislativos que subrepticamente, bajo el disfraz de una simple regulación objetiva, impusieran un trato diferenciado a partir de las características de las personas.

D. Fondo del examen de igualdad

En lo que respecta al fondo de la cuestión del principio de igualdad, es decir sobre la “razonabilidad” de los motivos del legislador para establecer una diferenciación de trato, se manifiesta también la presunción de constitucionalidad.

Siendo lo “razonable” un concepto jurídico indeterminado —o, mejor dicho, “esencialmente controvertido”—⁹⁸ sólo puede decirse que una distinción legislativa no tiene esa característica cuando se establece que el supuesto a estudio cae dentro de la zona de “certeza negativa” de ese concepto, nunca cuando pueda ubicarse en su “zona de transición o de penumbra” —en la cual es dudoso si hay o no “razonabilidad”— y mucho menos si lo hace en la de “certeza positiva”.⁹⁹ Ello en atención a la

⁹⁶ STC 181/2000, F.J. 10 (cursivas añadidas).

⁹⁷ Véase STC 213/2005, F.J. 4 (cursivas añadidas). La misma postura adoptó esencialmente el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Impuesto sobre el patrimonio* (BVerfGE 93, 121 [146-147]); véase el comentario de Robert Alexy a esta resolución en “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de Alfonso García Figueroa, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 41-43.

⁹⁸ Véase Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 256 y ss.

⁹⁹ STC 107/1996, FF.JJ. 9 y 10, inciso C. Véase García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 59, pp. 457-463.

amplia libertad de configuración del legislador, que no corresponde criticar a la jurisdicción constitucional determinando si tomó la “mejor” decisión en aspectos técnicos, económicos y políticos,¹⁰⁰ sino sólo cuando “evidentemente” haya transgredido los límites extremos de la racionalidad y la justicia —bastante móviles, por cierto—.¹⁰¹

E. *Flujo argumentativo*

Conviene ahora estructurar conclusivamente la —necesariamente, por lo inextricable del tema— sinuosa exposición anterior. Apreciamos que el control de un acto legislativo *a la luz del principio de igualdad* —otra cosa sería de hablarse de diverso motivo de impugnación— se desarrolla complejamente en sucesivos niveles de argumentación, en los que la carga expositiva fluye entre el actor y el órgano legislativo demandado:

- 1) Como cualquier otro y anteriormente a su impugnación procesal el acto legislativo *goza de una presunción de constitucionalidad*, no puede decirse que antes de su reclamación o incluso luego de ella pero sin expresarse argumento tendente a mostrar su inconstitucionalidad, el acto naturalmente adolece de ésta; lo anterior cobra mayor relevancia en tanto se excluye la posibilidad de un control difuso de la constitucionalidad.
- 2) El impugnador de dicho acto, para desvirtuar tal presunción de constitucionalidad, ha de establecer lo siguiente: *a)* que el legislador otorga *diferentes consecuencias* jurídicas a dos supuestos determinados, y *b)* que a éstos no debe darse un tratamiento diferente porque los hechos a que se refieren, aunque no idénticos,¹⁰² sí son de alguna manera equiparables esencialmente, afirmación que debe comprobarse mediante la exposición de los “términos de comparación adecuados”; lo anterior tiene por objeto *concretizar el deber de trato igualitario del legislador para el caso particular* y tal es la “argumentación mínima” que puede *exigirse* al actor constitucional

¹⁰⁰ Véanse BVerfGE 81, 156 (206-207); y *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 485 (1970).

¹⁰¹ *Cfr.* Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 346 y 347; y *supra*, nota 78.

¹⁰² Si fueran supuestos precisamente idénticos, trataríase de un simple conflicto normativo a resolverse probablemente por la máxima *lex posterior derogat priori*.

en estos casos,¹⁰³ pues de ningún otro modo puede entrarse a analizar una cuestión de violación al principio de igualdad por diferenciación.¹⁰⁴

- 3) Puede acontecer que la equiparabilidad de la situación sea tan evidente o se relacione con una expresa prohibición de discriminación constitucionalmente establecida, que haga redundante la argumentación inicial tendente a demostrar la similitud entre las situaciones personales o materiales a las que se da diverso trato. En estos casos, por virtud de esa manifiesta analogía, aplicaría a la distinción legislativa una presunción de inconstitucionalidad o más precisamente una *presunción de discriminación*¹⁰⁵ que arrojaría las cargas de justificación al órgano que la estableció, toda vez que no se dan en ellos “condiciones externas mínimas de legitimidad” para que opere la presunción de constitucionalidad.¹⁰⁶ Ciertamente que en tanto “el principio de igualdad es abierto históricamente”,¹⁰⁷ la “evidencia” de la analogía entre situaciones se sujeta a interpretación y, por lo tanto, a la perspectiva que sobre el asunto tenga el juzgador y las partes; pero, con más o menos certeza, podremos advertir casos en los que dicha similitud sea claramente evidente según los parámetros de nuestro tiempo, como los casos relativos a diferencias por género, edad, capacidades físicas, etcétera, máxime cuando se prevén en el texto constitucional.
- 4) Considerando que la evidencia de la homologación de situaciones tratadas diversamente sea la excepción, al establecerse según lo dicho en los incisos anteriores —aunque sea provisionalmente y a grandes rasgos— la similitud entre los supuestos objeto del examen de igualdad y la diferencia de trato que les otorga el acto legislativo, *se desvirtuaría la original presunción de constitucionalidad* de

¹⁰³ Bien puede el actor aportar argumentos adicionales que, al cabo, no serían más que contingentes en esta etapa, porque podrían referirse a las *probables* justificaciones del legislador para imponer un trato distintivo, pero que no son más que adelantos para la aún no integrada litis que se formalizará al contestarse la demanda correspondiente —cuyos términos al actor es imposible anticipar y, consecuentemente, rebatir adecuadamente—.

¹⁰⁴ Véase *supra*, nota 89.

¹⁰⁵ Cfr. Carbonell, Miguel, “La xenofobia constitucionalizada”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 246, julio-diciembre de 2006, p. 192.

¹⁰⁶ Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 59, p. 575.

¹⁰⁷ Carbonell, *op. cit.*, nota 64, p. 169.

éste y a su autor correspondería la carga argumentativa de exponer las “razones objetivas” y demás justificaciones de la distinción que realiza, si no son “evidentemente” apreciables por el juzgador;¹⁰⁸ esto ha hecho parecer que contra una distinción legislativa va una “presunción de inconstitucionalidad o de discriminación”,¹⁰⁹ pero en realidad se trata de una simple y natural inversión de la carga de argumentación conforme al flujo del debate procesal.¹¹⁰

- 5) Los motivos aducidos por el legislador para defender su acto, igualmente en tanto satisfagan “condiciones mínimas” para ello, gozan de una “presunción de razonabilidad” —lo que a su vez refleja la presunción de constitucionalidad— contra la cual su impugnador debe argumentar y demostrar que “manifiestamente” dichos motivos son inadecuados, principalmente mediante el examen de su proporcionalidad en sentido lato (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*).¹¹¹

Desde luego, puede profundizarse en diversos aspectos de las anteriores consideraciones —lo que corrobora la complejidad de examinar el principio de igualdad—, pero por lo que ahora nos atañe, a partir de las anteriores reflexiones que originó un análisis más detenido de la cuestión, concluimos —matizando la opinión que hasta ahora sostuvimos— que los actos de esa índole gozan inicial y generalmente de una *presunción de constitucionalidad* que se requiere desvirtuar haciendo explícitos los aspectos señalados en el inciso 2 anterior. Salvo de tratarse de un acto inconstitucional en sí mismo o de los referidos en el inciso 3 anterior —que no necesariamente son inconstitucionales a diferencia de estos últimos—,¹¹² es indispensable formular una “causa de pedir”¹¹³ mediante la exposición de “un estado contrario al derecho” —referente al establecimiento de situaciones equiparables— que es menester expresar mínima-

¹⁰⁸ Véase Cianciardo, *op. cit.*, nota 77, pp. 78 y 79.

¹⁰⁹ *Supra*, nota 77.

¹¹⁰ *Supra*, nota 61.

¹¹¹ *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 78, p. 190; Carbonell, *op. cit.*, nota 64, pp. 172 y 173; Pérez Portilla, *op. cit.*, nota 74, p. 97. Véase STC 253/2004, F.J. 5.

¹¹² Véase *infra*, apartado IV.2.

¹¹³ Pero entendida *integral y ampliamente*, sin distinguir minuciosamente entre remota y próxima, según Chioyenda, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, México, Cárdenas, 1989, t. I, p. 36.

mente en todo caso en que existe una presunción de constitucionalidad o de “inocencia” *in genere* como punto inicial del debate procesal, que no se requeriría de privar la condición contraria: partir de una “presunción de inconstitucionalidad”.

Optar por la presunción de constitucionalidad o de inconstitucionalidad o discriminación en el examen relativo al principio de igualdad, depende en realidad de la *perspectiva* que se tenga sobre el examen relativo y en dónde se ubique el inicio del mismo: si al punto de la emisión del acto, al de la simple instancia de impugnación —que nosotros consideramos— o al de haberse procesalmente establecido la analogía entre las situaciones diferenciadas. La confusión resulta de que al actualizarse la última situación y “concretizándose” el deber de trato igualitario del legislador, sea a través de una compleja argumentación en tal sentido o por su naturaleza palmaria, el órgano legislativo deberá siempre justificar ante el juzgador el distinto trato que estableció —si sus motivos no son notorios—; lo que corresponde a que en la primera hipótesis impere la presunción de constitucionalidad del acto y posteriormente se dé una simple transmisión de las cargas argumentativas y, en el segundo, a que *ipso facto* la impugnación haga presumir la inconstitucionalidad del acto y la existencia de una discriminación, con todas sus consecuencias procesales.

4. *Algunas conclusiones generales*

De lo expuesto puede sostenerse que en todo caso constitucional es aplicable una presunción de constitucionalidad a favor del acto impugnado en él. El carácter *prima facie* de tal suposición no es preponderantemente una “deferencia” al “elevado carácter” del legislador, sino un sencillo punto de partida que improbablemente se hubiera establecido en otro lado, atenta la naturaleza dialéctica de la función jurisdiccional.

Como ya vimos, existen situaciones en las que aparentemente se da una “presunción de inconstitucionalidad” en aquellos actos legislativos que inciden en “derechos constitucionales fundamentales” o en desigualdades de trato en la ley. Pero ya que aun en estos casos es necesario exponer argumentaciones básicas sobre el modo en que el legislador incumple un deber constitucional de respeto a ciertas posiciones jurídicas, sin las cuales la presunta regularidad del acto impugnado no puede desmentirse, podemos concluir que incluso a esos casos particulares subyace la pre-

sunción de constitucionalidad a favor de ese acto y que solamente se produce en ellos una normal inversión de la carga de argumentación, propia de todo debate. La anterior consideración se fortalece en atención a que en la actualidad no es tan común observar un “acto inconstitucional en sí mismo” o una burda transgresión a la Constitución, sino que las vulneraciones a las normas fundamentales se dan casi totalmente de manera más bien sutil.

La presunción de constitucionalidad, por lo tanto, no es más que el comienzo de la argumentación procesal —entendida en términos amplios— que arroja en el actor quien pretende la modificación de un determinado *statu quo* a través de la nulidad o la inaplicación —en el caso estadounidense— de un determinado acto legislativo ya existente en la realidad. Valga la imitación de la nomenclatura, es una manifestación constitucional de una presunción de “inocencia” procesalmente sostenida en forma genérica, es decir, un presupuesto que indica la inexistencia de responsabilidad o de acto ilícito atribuible a todo demandado, salvo prueba en contrario (*juris tantum*).

IV. REFERENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

1. Aspectos generales y aplicaciones

Tener por comprobada la existencia del acto impugnado dentro de los procesos constitucionales mexicanos, ya sea activamente por la realización de diligencias probatorias o pasivamente por la presunción de certeza del artículo 149 de la Ley de Amparo,¹¹⁴ o tratarse de un acto omisivo, no lleva a concluir su irregularidad constitucional.¹¹⁵

Puede señalarse como fuente de la presunción de constitucionalidad en México a una general presunción de validez de todo acto de autori-

¹¹⁴ Véase Pleno, controversia constitucional 33/97, 25 de agosto de 1998, considerando VI, pp. 52-56.

¹¹⁵ “ACTO RECLAMADO. SI NO ES INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO, SU EXISTENCIA ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR SU INCONSTITUCIONALIDAD”, Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 554, p. 368; y “ACTO RECLAMADO, PRUEBA DEL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, t. XV, p. 24.

dad,¹¹⁶ aunada a la bien cimentada inexistencia de “nulidades de pleno derecho”, según la cual la declaración de esa calidad compete únicamente a la *autoridad judicial*¹¹⁷ que desemboca en la proscripción jurisprudencial del “control difuso” de la constitucionalidad, correspondiente sólo a los órganos jurisdiccionales federales a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.¹¹⁸ Son diversas las implicaciones de la presunción de constitucionalidad para los tribunales mexicanos y de relativa frecuencia que éstos aludan a ella en sus resoluciones; a continuación nos referiremos a algunas de ellas.

A. Interpretación conforme a la Constitución

Una de las más trascendentes aplicaciones de la presunción de constitucionalidad en la jurisprudencia mexicana actual —y en la de otras jurisdicciones— se da a través de la interpretación conforme a la Constitución, como ya vimos, producto de aquella figura¹¹⁹ y de su corolario de presuponer que el legislador y las autoridades en general “respetan los mandatos de la ley suprema y sujetan su actuación a [ellos]”.¹²⁰ A decir

¹¹⁶ “NULIDAD DE UN ACTO DE AUTORIDAD”, Tercera Sala, *idem*, Quinta Época, t. CXIX, p. 737.

¹¹⁷ “LEYES INCONSTITUCIONALES. NO EXISTEN DE PLENO DERECHO”, Pleno, *idem*, Séptima Época, vol. 80, primera parte, p. 47; “NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO”, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 886, p. 608. “Las leyes estatales, como las federales, gozan de una presunción de constitucionalidad hasta que su invalidez se declara *judicialmente*. Ciertamente, ninguna atribución se ha conferido al administrador para adjudicar cuestiones constitucionales”, *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144, 153 (1944) (cursivas añadidas).

¹¹⁸ “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN” y “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 159 y 160, pp. 196 y 197, respectivamente. Véase también “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 62, p. 195.

¹¹⁹ Véase *supra*, notas 2, 31 y 42.

¹²⁰ Pleno, controversia constitucional 1/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de marzo de 2005, 2a. sección, considerando X, p. 85; *cfr. supra*, nota 29. En nuestra opinión, este postulado asimismo trasciende —aunque no sin ciertas precisiones—, tornando

verdad, esta especie hermenéutica se dio en México desde 1940, cuando la Segunda Sala de la Suprema Corte sentó precedente en el sentido de que “las leyes secundarias deben interpretarse *armonizándolas con los estatutos constitucionales*, porque *no se concibe*, salvo cuando el texto de ellas sea perfectamente claro y no dé lugar a interpretación, que *el legislador haya pretendido establecer una disposición a todas luces anti-constitucional*”.¹²¹

Dos años más tarde, esa misma instancia ratificó dicho criterio, señalando que la interpretación de las leyes ordinarias “debe hacerse siempre en *términos constitucionales válidos*, esto es, debe prevalecer en la mente del juzgador *la premisa de que el legislador no trató de expedir leyes contrarias a los textos constitucionales*, y así entender su contenido de acuerdo con las normas generales establecidas por el constituyente”.¹²²

No obstante las importantes tesis que acabamos de transcribir, no se recurrió constantemente a la “interpretación conforme” en la adjudicación constitucional mexicana, debido a que el régimen político imperante en la mayor parte del siglo XX resultó en un “minimalismo” de la Suprema Corte y los demás órganos jurisdiccionales mexicanos,¹²³ que impidió la formación de una consistente teoría normativa constitucional que

juris et de jure a la presunción de constitucionalidad, a la imposibilidad de impugnar tesis jurisprudenciales (Pleno, amparo directo en revisión 1081/91, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1994, considerando VI, pp. 134 y ss.), las leyes reglamentarias del juicio de amparo y del artículo 105 constitucional (“REVISIÓN. ES IMPROCEDENTE CUANDO MEDIANTE ELLA SE PRETENDE IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMPARO APLICADA EN LA SENTENCIA RECURRIDA”, Pleno, *idem*, Novena Época, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. XCVI/98, p. 260; y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES IMPROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *idem*, Novena Época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis P./J. 56/2003, p. 1058) y la actuación de los juzgadores de amparo (“GARANTÍAS INDIVIDUALES. VIOLACIÓN DE. EN ELLA NO PUEDEN INCURRIR LOS JUECES DE DISTRITO CUANDO ACTÚAN COMO RESOLUTORES DE AMPARO”, Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 36, sexta parte, p. 133, entre otros).

¹²¹ “LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS”, *idem*, Quinta Época, t. LVII, p. 2581 (cursivas añadidas).

¹²² “LEYES ORDINARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS”, *idem*, Quinta Época, t. LXVI, p. 706 (cursivas añadidas).

¹²³ Véase Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 119 y ss.

desembocara en una interpretación de ese tipo. Los pronunciamientos judiciales que atribuyen significado a las normas jurídicas con orientación de los principios y valores constitucionales —y también otras especies de “interpretación conforme al rango”¹²⁴ que acusan una moderna concepción hermenéutica que no admite siempre un solo sentido a las disposiciones jurídicas,¹²⁵ han sido más bien recientes —salvo las notables excepciones que anotamos— y prácticamente todos pertenecientes a la novena época del *Semanario Judicial de la Federación*.

Es notable que la interpretación conforme a la Constitución fue inicialmente, según vemos, más una tendencia natural de los juzgadores —casi inevitable, como un “hablar en prosa sin saberlo”— que una técnica basada conscientemente en los postulados del constitucionalismo contemporáneo, como indica la sigilosa manera en que se realizaba¹²⁶ y a

¹²⁴ Cfr. Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia, Carl Heymann, 2001, p. 66. Véase, por ejemplo: “INTERPRETACIÓN DE LA LEY, REGLAS DE LA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XCVIII, p. 2038; “SUPREMACÍA DE LA LEY SOBRE LAS DISPOSICIONES DE UN REGLAMENTO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, tesis I.2o.P.61 P, p. 1453; y “QUEJA EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN A LA QUEJA POR DEFECTO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE AMPARO. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA LEY DE AMPARO DE LAS REGLAS ADMINISTRATIVAS DE TURNO PARA SU CONOCIMIENTO”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XVII, enero de 2003, tesis I.1o.A.10 K, p. 1845; y Pleno, controversia constitucional 10/2005, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de julio de 2006, 1a. sección, considerando XII, pp. 93 y 94.

¹²⁵ Véanse “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. DENTRO DE LAS CUESTIONES PROPIAMENTE CONSTITUCIONALES QUE SON MATERIA DE ESA INSTANCIA, DEBE COMPRENDERSE LA INTERPRETACIÓN DE LO DISPUESTO EN LA LEY CONTROVERTIDA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre de 2000, tesis 2a. CXX/2000, p. 182; “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. DENTRO DE LAS CUESTIONES PROPIAMENTE CONSTITUCIONALES QUE SON MATERIA DE ESA INSTANCIA SE ENCUENTRA LA RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN DE LO DISPUESTO EN LA LEY CONTROVERTIDA, CON INDEPENDENCIA DE QUE YA LA HAYA REALIZADO EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN LA SENTENCIA RECURRIDA O AL RESOLVER PREVIAMENTE UN RECURSO DE REVISIÓN FISCAL”, Pleno, *idem*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, tesis P. III/2002, p. 10; y “AMPARO DIRECTO. FORMA EN QUE DEBE ABORDARSE EL ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA CUANDO ÉSTA SE HAGA DEPENDER DE LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZÓ LA AUTORIDAD RESPONSABLE”, Tercer Tribunal Colegiado del Decimosegundo Circuito, *idem*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis XII.3o.9 K, p. 1774.

¹²⁶ “PRUEBA TESTIMONIAL, OFERENTE DE LA. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR A SUS TESTIGOS”, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IX, abril de 1992, tesis I.5o.C.256 C, p.

que sólo a últimas fechas con más frecuencia la refieren con su nombre los tribunales colegiados de circuito,¹²⁷ el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación¹²⁸ y la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹²⁹

587; “DEMANDA DE NULIDAD, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN”, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, marzo de 1996, tesis VIII.1o. J/3, p. 746; “COMPETENCIA PARA CONOCER EN AMPARO INDIRECTO DE RESOLUCIONES DICTADAS POR UN TRIBUNAL UNITARIO DE CIRCUITO. CORRESPONDE A OTRO TRIBUNAL DE LA MISMA JERARQUÍA Y NO A UN JUEZ DE DISTRITO”, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *idem*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, tesis VIII.1o. J/5, p. 624; y “FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, tesis I.6o.C.341 C, p. 1127.

¹²⁷ “DERECHO DE PETICIÓN. AUN CUANDO EN LA DEMANDA NO SE HAYA SEÑALADO EXPRESAMENTE VIOLACIÓN A DICHA GARANTÍA, ATENTO EL PRINCIPIO DE ‘INTERPRETACIÓN CONFORME’, EL JUEZ AL RESOLVER DEBE APLICAR ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, tesis XVII.2o.C.T.14 K, p. 1589; “MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, tesis I.4o.A.447 A, p. 1799; “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA CUANDO ANALICE LA LEGALIDAD DE UN ACTO OPUESTO A LOS VALORES, PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, XXI, abril de 2005, tesis I.4o.A.469 A, p. 1430; e “INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, tesis I.4o.A. J/41, p. 1656.

¹²⁸ “ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ES ADMISIBLE SU INTERPRETACIÓN CONFORME”, Sala Superior, *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 009/2005, p. 561; y “REGIDORES POR EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. REGISTRO DE CANDIDATURAS SOBRE LA BASE DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME (LEGISLACIÓN DE NAYARIT)”, Sala Superior, *idem*, tesis S3EL 163/2002, p. 870. Véase “DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA”, Sala Superior, *idem*, tesis S3ELJ 29/2002, p. 97.

¹²⁹ “ANOTACIÓN REGISTRAL PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE AMPARO Y SU AUTO ADMISORIO. ES POSIBLE DECRETAR ESA MEDIDA CAUTELAR EN EL EXPEDIENTE PRINCIPAL DEL JUICIO DE GARANTÍAS EN LA VÍA INDIRECTA, A PETICIÓN DEL INTERESADO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006,

quien, por otra parte, ya sentó sus bases axiológicas fundamentales¹³⁰ y la ha empleado tácitamente en diversas ocasiones.¹³¹

B. La “doctrina” de la causa de pedir

Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonó la postura estricta que mantuvo en el juicio de amparo en el sentido de que los conceptos de violación argumentados en ese proceso debían apearse estrictamente a la forma lógica del silogismo, adoptando la que podríamos llamar “doctrina de la causa de pedir”, que sólo exige que claramente, en cualquier lugar de la demanda correspondiente, se señale “cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o

tesis 2a./J. 67/2006, p. 278; controversia constitucional 1/2001, *cit.*, nota 121, p. 83; y Pleno, controversia constitucional 14/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de junio de 2006, *passim*.

¹³⁰ A este respecto es sumamente relevante: Pleno, controversia constitucional 22/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, considerandos VII y VIII, pp. 607 y ss. (señalando incipientemente sus alcances y límites y basándose en la aplicabilidad inmediata de normas constitucionales para establecer que, entre “una interpretación opuesta a la Constitución y otra coherente con ella, [las autoridades] deben preferir ésta”); y no de menor importancia resultan: Pleno, acción de inconstitucionalidad 26/2004 y acums., *idem*, 29 de diciembre de 2004, 1a. sección, considerando VI, p. 58 (sobre la necesidad de referirse en la interpretación a normas de jerarquía superior y a sus principios y valores); Segunda Sala, amparo directo en revisión 452/2005, 4 de mayo de 2005, considerando V, pp. 28 y 29; Segunda Sala, amparo directo en revisión 1936/2005, 7 de febrero de 2007, considerando VI, pp. 37-39 (ambas apoyando la interpretación conforme en la unidad del ordenamiento jurídico e imponiéndola como “labor del juez constitucional”); y “MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS DE LAS LEYES RELATIVAS ES PERTINENTE ACUDIR A LOS PRINCIPIOS RECTORES Y VALORES DEMOCRÁTICOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis P. XXXVII/2006, p. 646.

¹³¹ “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA 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; Pleno, varios 689/2000-PL, 25 de septiembre de 2000, considerando II, pp. 65-67 (el criticable caso *IFECOM*); Pleno, controversia constitucional 16/2000, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de junio de 2002, 2a. sección, considerando VI, pp. 92-94 (sobre los límites de la jurisdicción constitucional veracruzana); y Pleno, controversia constitucional 104/2003, *idem*, 10 de octubre de 2005, 2a. sección, considerando VII, pp. 95 y 96 (más una aplicación que una interpretación “conforme” de la norma impugnada).

ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio”,¹³² misma que se ha extendido a la controversia constitucional y a la acción de inconstitucionalidad.¹³³

No obstante, esta flexibilidad argumentativa no llega al extremo de que basten “meras afirmaciones sin sustento” para declarar la invalidez de una norma general, pues todas éstas gozan, “en razón de la legitimidad de los órganos que la[s] emiten”, de una “presunción de constitucionalidad que es preciso desvirtuar”;¹³⁴ por lo tanto, es exigible a los argumentos del actor ser manifestaciones tendentes a evidenciar la irregularidad del acto que impugnan, tenido *prima facie* por constitucional, y no meras afirmaciones generales u oscuras que impidan su estudio al juzgador por no seguirse de ellas conclusión alguna sobre la invalidez del acto reclamado.¹³⁵ Lo anterior es particularmente importante para el alcance de la suplencia de la deficiencia de la demanda en la controversia constitucio-

¹³² “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, tesis P./J. 68/2000, p. 38. Véase, también, “SUPLENCIA DE LA QUEJA Y SUPLENCIA ANTE EL ERROR EN JUICIOS DE AMPARO. DIFERENCIAS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 423, p. 362.

¹³³ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ ES SUFICIENTE QUE SE EXPRESE CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DEL ACTO O NORMA IMPUGNADOS CON RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, tesis P./J. 7/2005, p. 1390; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA O ACTO BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA LA CAUSA DE PEDIR”, Pleno, *idem*, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, tesis P./J. 135/2005, p. 2062; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 17, p. 19.

¹³⁴ “LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, tesis 1a. I/2005, p. 309.

¹³⁵ “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES SI NO SE REFIEREN A LA PRETENSIÓN Y A LA CAUSA DE PEDIR”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, tesis I.4o.A. J/33, p. 1406; y “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, tesis I.4o.A. J/48, p. 2121.

nal; sobre todo cuando en este proceso se formulan conceptos de invalidez relativos a los ámbitos competenciales del órgano actor, su primordial pero no único objeto de tutela, la presunción de constitucionalidad opera con mayor fuerza¹³⁶ para que se mantenga su carácter dispositivo —aunque no de estricto derecho—, al grado de que para la correspondiente declaratoria de inconstitucionalidad se “exige como condición suficiente y necesaria que exista un planteamiento de inconstitucionalidad o concepto de invalidez previo”.¹³⁷

No podemos dejar de comentar, por último, el criterio que mantuvo la Primera Sala de la Corte en el sentido de que el goce de las garantías individuales es el “estado natural y general” de toda persona y, por consiguiente, a fin de restringirlas legítimamente debe la autoridad demostrar que existen las condiciones que la Constitución prevé para ello.¹³⁸ Esta carga de argumentación que recae sobre la autoridad responsable, aunque aparentemente manifiesta una presunción de inconstitucionalidad, es una simple inversión de dicha carga conforme al desarrollo del debate procesal, en la que *luego de haber expuesto el actor las causas de supuesta inconstitucionalidad del acto siquiera mínimamente estableciendo su goce de derechos fundamentales específicos*, a la autoridad corresponde acreditar las justificaciones del mismo para variar el *statu quo* de disfrute iusfundamental del quejoso.

De acuerdo con la referida “doctrina de la causa de pedir” —que tampoco es muy novedosa—,¹³⁹ la impugnación de un acto supuestamente inconstitucional requiere la expresión de argumentos mínimos que muestren por qué resulta contrario a los preceptos fundamentales, para desvir-

¹³⁶ “Y no puede este Tribunal razonar en abstracto cuando el proceso constitucional atiende a controversias fundadas en una *vindicatio potestatis* porque entonces la carga del actor de pormenorizar el despojo competencial que denuncia es, si cabe, mayor que en otros procesos”. STC 43/1996, F.J. 3.

¹³⁷ Controversia constitucional 14/2001, *cit.*, nota 132, considerando VIII, pp. 74-77; STC 11/1981, F.J. 3. Las mismas consideraciones se vertieron en las controversias constitucionales 12/2001, 25/2001 y 12/2002.

¹³⁸ “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXIII, p. 1848; y “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, *idem*, Quinta Época, t. XLV, p. 1533. En ese sentido también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán, sosteniendo la “presunción” (*Vermutung*) de goce de los derechos fundamentales, concretamente el de libre expresión: BVerfGE 7, 198 (212); y 93, 266 (294).

¹³⁹ Véase “LEYES INCONSTITUCIONALES, AMPARO CONTRA LAS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXXIV, p. 1629.

tuar la presunción de constitucionalidad de la que normalmente goza; formuladas tales manifestaciones, tocará al demandado mostrar las justificaciones de su acto, rebatir los argumentos de su contraparte y con ello formar la litis sobre la que el proceso versará, en una situación de *igualdad procesal* con el actor por ser ante la jurisdicción constitucional, como anotamos, simplemente un justiciable más.¹⁴⁰

Lo anterior también aplicaría a las *preferred freedoms* u otros principios constitucionales de “rango superior” cuya existencia, al igual que la alemana y alguna vez la estadounidense,¹⁴¹ niega la jurisprudencia mexicana, opinando que todas las normas constitucionales son de “igual jerarquía” y ninguna de ellas prevalece sobre las demás.¹⁴² Tampoco en tales casos, según expusimos antes, existe una “presunción de inconstitucionalidad” de los actos jurisdiccionalmente impugnados.

C. Examen del uso de facultades discrecionales

La Constitución deja a los órganos de poder, especialmente a los legislativos de corte democrático, un cierto “margen de apreciación” o de

¹⁴⁰ Cfr. “INFORME JUSTIFICADO. AFIRMACIONES QUE CONTIENE. NO TIENEN CARÁCTER DE INCONTROVERTIBLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 30, p. 39. Véanse, también, “PRUEBAS EN EL AMPARO DE LEGALIDAD DEL ACTO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, parte VIII, tesis 227, p. 383; “AUTORIDADES, LEGALIDAD DE SUS ACTOS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXXII, p. 821; “PRUEBAS EN EL AMPARO”, Segunda Sala, *idem*, Quinta Época, t. XXVI, p. 1928; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO SE RECLAMAN OMISIONES, CORRESPONDE A LA PARTE ACTORA DESVIRTUAR LAS PRUEBAS CON LAS QUE LA DEMANDADA DEMOSTRÓ SU INEXISTENCIA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 32, p. 32. Véanse los artículos 79 a 82 y 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹⁴¹ BVerfGE 35, 202 (225), y 51, 324 (345-346); *Prout v. Starr*, 188 U.S. 537, 543 (1903).

¹⁴² “CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 39, p. 22; “CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, Octava Época, t. V, primera parte, enero-junio de 1990, tesis XXXIX/90, p. 17; “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XII/2006, p. 25.

“libertad de configuración” dentro del cual pueden discrecionalmente ejercer sus funciones de regulación de la vida pública. El examen constitucional de las medidas que adopten en uso de tales atribuciones también goza de la presunción de constitucionalidad, operando como un límite a la actuación de los tribunales constitucionales.¹⁴³

Aunque el llamado principio de proporcionalidad y los criterios que lo integran (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*), rasero con el que puede medirse la corrección constitucional del ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades, parece alentar un activismo judicial que lleve a que el criterio de los tribunales constitucionales sustituya al de los órganos demandados, en realidad no es así. Dicho instrumento, usado prudentemente, se basa en la aplicación de un parámetro constitucional: la máxima eficacia posible de los principios constitucionales intervenidos por la actuación del demandado, y en tanto sea dudoso que no se contravenga, los tribunales constitucionales habrán de afirmar la regularidad del acto impugnado.¹⁴⁴

Las anteriores ideas han sido aplicadas por la Suprema Corte al analizar la corrección de las amplias facultades del Poder Legislativo, de cuyo ejercicio afirma que debe presumirse su corrección si no se demuestra la transgresión a las normas constitucionales.¹⁴⁵

D. *Votación calificada para declaratoria de invalidez*

Una manifestación legislativa de la presunción de constitucionalidad, que sirve de importante límite a los poderes de la Suprema Corte, la en-

¹⁴³ *Supra*, notas 17 y 18. Véase “MULTAS CON BASE EN UN PORCENTAJE MÍNIMO. EL ARTÍCULO 76, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN PERMITE SU INDIVIDUALIZACIÓN”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, tesis I.1o.A.75 A, p. 1339.

¹⁴⁴ Véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 115-119; y *supra*, nota 73.

¹⁴⁵ “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 1a./J. 84/2006, p. 29; Pleno, acción de inconstitucionalidad 18/2003, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de octubre de 2003, considerando V, p. 81; Pleno, acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acums., *idem*, 26 de diciembre de 2006, 2a. sección, considerando XIX, p. 48.

contramos en la mayoría calificada de ocho ministros que se requiere en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad para declarar *erga omnes* la nulidad de una norma general.¹⁴⁶ La pluralidad de los integrantes de la Corte, como la de cualquier otro tribunal constitucional, y el enfrentamiento cultural y político —en el más puro sentido— que se pone de manifiesto ante (y dentro de) ella en algunos asuntos, no pocas veces resueltos por una votación cerrada, pueden implicar una seria —y en muchas ocasiones insalvable— *falta de consenso* sobre el sentido de las disposiciones constitucionales y la consecuente calificación de los actos que a ellas deben someterse.¹⁴⁷

En tales casos no podría afirmarse con suficiente certeza¹⁴⁸ para tomar la drástica medida de que la norma general impugnada contraviene la ley fundamental, al existir un *margen de duda* sobre ello. La respuesta del Constituyente a este problema se basa claramente en “la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución”: si no se obtiene una votación suficiente para establecer con alguna certeza la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, más allá de una “duda razonable”, no podrá el tribunal actuar de “legislador negativo” y declarar su nulidad con efectos generales; ello porque la insuficiencia de la votación correspondiente refleja una “ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte” que superen a las razones de la “mayoría simple [de] un órgano de carácter político, emanado de una elección popular”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Artículo 105 constitucional, fracción I, penúltimo y último párrafos, y fracción II, último párrafo.

¹⁴⁷ Véanse Rosenfeld, *op. cit.*, nota 6, pp. 641 y 663-665; Zagrebelsky, Gustavo, “Los jueces constitucionales”, trad. de Miguel Carbonell, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006, p. 322.

¹⁴⁸ Teniéndose al consenso racionalizado como indicio de correspondencia con la realidad, es decir de “verdad”, y a la razonabilidad como elemento de ésta; *cfr.* Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, México, Torres Asociados, 2000, pp. 17-19, 28-31, 48 y 49. Esta idea subyace también a la votación necesaria para la integración e interrupción de tesis jurisprudenciales previstas en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo y 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación —al que agregaríamos una original “presunción de corrección” del precedente interrumpido—.

¹⁴⁹ Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, considerando VI, pp. 117-120; Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, enero de 2003, considerando

2. *Los “actos inconstitucionales en sí mismos”*

El tercer párrafo del artículo 149 de la Ley de Amparo señala que al quejoso corresponde demostrar la inconstitucionalidad del acto que reclama “cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o inconstitucionalidad *dependa de los motivos, datos o pruebas* en que se haya fundado el propio acto” (cursivas añadidas); es decir, en caso de ser el acto “inconstitucional en sí mismo” no recae sobre el quejoso la carga argumentativa de demostrar tales “motivos”, “datos” o “pruebas” de los que depende su irregularidad.¹⁵⁰ A partir de esta disposición la jurisprudencia ha creado una doctrina más o menos consistente en relación con el concepto de “actos inconstitucionales en sí mismos”.

Podemos contar dos especies de tales actos, que podríamos designar como “naturales” y “declarados”. La última se refiere a los actos fundados en leyes —y a ellas mismas— que han sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad en jurisprudencia firme por la Suprema Corte; los “naturalmente” inconstitucionales en sí mismos son aquellos “manifiestamente” violatorios de las normas constitucionales pero que aún no han sido objeto de un pronunciamiento jurisprudencial en tal sentido.¹⁵¹

IX, pp. 1147 y ss.; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 19/2004, *idem*, Novena Época, t. XXI, junio de 2005, considerando VI, pp. 471 y ss. Véanse también “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES EN QUE SE IMPUGNAN DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN EN UN ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ MAYOR DEL QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD ACTORA. SI NO SE ALCANZA LA VOTACIÓN DE OCHO VOTOS, CUANDO MENOS, A FAVOR DE LA INVALIDEZ, PROCEDE SU DESESTIMACIÓN”, Pleno, *idem*, Novena Época, t. XX, noviembre de 2004, tesis P. LXII/2004, p. 1610; y Pleno, controversia constitucional 109/2004 (voto particular del ministro Góngora Pimentel), *Diario Oficial de la Federación*, 24 de octubre de 2005, 3a. sección, p. 80.

¹⁵⁰ Esta misma postura excepcional, en nuestro concepto, debería llevarse a los demás procesos constitucionales mexicanos para “actos inconstitucionales en sí mismos”, con las particularidades de cada caso, previa impugnación mínima del acto y de la comprobación de su existencia, dado el fin de esos instrumentos y la amplia posibilidad de suplir en ellos la deficiencia de la demanda relativa. Véanse los artículos 40 y 71 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional; y *supra*, nota 138.

¹⁵¹ Esta clasificación se erige también en el derecho internacional de los derechos humanos, distinguiendo entre actos “claros” y “aclarados”. Véase Silva García, Fernando, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 238-240.

En ambos casos no operaría la presunción de constitucionalidad, con las reservas más adelante señaladas; tratándose de actos de “inconstitucionalidad declarada”, en virtud de que ya no cabría discutir su irregularidad al haber total certeza sobre ella, al menos formalmente, de modo que dicha presunción no se requeriría como punto de partida de debate alguno;¹⁵² y la otra especie, los que no han sido objeto de declaración de inconstitucionalidad alguna, porque carecen de las “condiciones externas mínimas de legitimidad” que al menos dan lugar a la probabilidad de que su autor haya observado las normas fundamentales que rigen su actuación.¹⁵³

Como se adivinará, estos últimos constituyen la especie que presenta algunas dificultades. Con alguna simpleza, podríamos decir que los actos “naturalmente” inconstitucionales en sí mismos son aquellos en los que existe *cabal certeza* de que la autoridad no actúa en uso de sus facultades, porque excede los límites del objeto material sobre el cual debe actuar¹⁵⁴ o contraviene notoria e indudablemente una específica prohibición constitucional;¹⁵⁵ es decir, “cuando en ningún caso la responsable pueda realizar el acto impugnado, llenando o no requisito alguno”.¹⁵⁶ No

¹⁵² *Cf.* “SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA EN AMPARO CONTRA LEYES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS. PROCEDE CUANDO EL PRECEPTO RECLAMADO SEA MANIFIESTAMENTE VIOLATORIO DE UN DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, PRODUCIENDO INDEFENSIÓN AL PARTICULAR”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IV, julio-diciembre de 1989, tesis LXV/89, p. 121. Véase lo resuelto por el Pleno de la Corte en la contradicción de tesis 52/2004-PL.

¹⁵³ *Supra*, nota 106.

¹⁵⁴ “ACTO INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO. NO LO ES EL ACTO PROCESAL QUE LAS AUTORIDADES REALIZAN ORDINARIAMENTE EN UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL”, Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, mayo de 1992, t. IX, p. 387; y “ARRESTO. CUANDO ES DECRETADO POR UN JUEZ DE LO CIVIL PARA HACER CUMPLIR SUS DETERMINACIONES, NO ES INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2005, t. XXI, tesis VI.3o.C. J/59, p. 1109.

¹⁵⁵ Recuérdese que la Constitución impone límites materiales al legislador, en dos vertientes: señalando 1) los objetos (materia) de la regulación legislativa y 2) el modo en que ésta se hará, a través de determinadas prohibiciones o mandamientos más o menos específicos. Guastini, *op. cit.*, nota 92, pp. 47-49.

¹⁵⁶ “ACTO RECLAMADO. LA NATURALEZA DE LA VIOLACIÓN ALEGADA NO ES LO QUE DETERMINA SI ES O NO INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO EL”, Primer Tribunal Colegiado en Ma-

se trata entonces de precisar la mayor o menor corrección del ejercicio de tales atribuciones¹⁵⁷ o de que, siendo aparente su inconstitucionalidad, exista la probabilidad de que tales actos sean conformes a la Constitución, sino de constatar inmediatamente la patentísima transgresión de los límites que establece la ley fundamental, apreciable a la simple vista y de forma inobjetable; un “acto inconstitucional en sí mismo” debe ser de tal evidencia que baste para fincar su irregularidad la sola comprobación de su existencia, sin requerir del actor la exposición de una argumentación más profunda que la relativa a establecer su naturaleza y características —su “causa de pedir”, a manifestar necesariamente—; lo que generalmente se expresa imprecisamente diciendo que no corresponde al demandante demostrar la incorrección de “actos inconstitucionales en sí mismos”.¹⁵⁸

Estos actos, que con “su simple emisión” contravienen la ley fundamental, *procesalmente* no gozan de la presunción de constitucionalidad y los juzgadores pueden ante ellos suplir la deficiencia o la ausencia total de los argumentos del actor,¹⁵⁹ aunque sí la disfruten en un contexto de aplicación —no de impugnación— como el administrativo; es decir, los jueces constitucionales dentro de los procesos relativos podrían tomar las referidas medidas ante los “actos inconstitucionales en sí mismos” que examinen. Pero tal facultad de desconocer la inicial validez de esos actos

tería Administrativa del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, noviembre de 1994, tesis III. 1o. A. 59 K, p. 402.

¹⁵⁷ Para notar el fino análisis requerido en lo anterior, véase “PRUEBAS EN EL AMPARO. TRATÁNDOSE DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN LIBRADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, EL JUEZ DE DISTRITO TIENE LA OBLIGACIÓN DE RECABARLAS OFICIOSAMENTE”, Segundo Tribunal Colegiado del Decimocuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 1996, t. IV, tesis XIV.2o.12 P, p. 702.

¹⁵⁸ “ACTO RECLAMADO. INCONSTITUCIONALIDAD DEL. QUIÉN DEBE PROBARLA”, Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 551, p. 366. Véase “AGUA. LOS AUMENTOS PROGRESIVOS EN EL COBRO DE DERECHOS POR SU SUMINISTRO NO IMPLICAN NECESARIAMENTE QUE SEAN INCONSTITUCIONALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero de 1996, tesis P. XII/96, p. 135.

¹⁵⁹ Véase *supra*, nota 153; y “SENTENCIA DE AMPARO. DEBE CONCEDERSE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL PATRÓN, AUN ANTE LA AUSENCIA DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN CUANDO LA AUTORIDAD RESPONSABLE EMITE UN ACTO INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO”, Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2001, t. XIV, tesis I.1o. T.126 L, p. 1812.

ha de negarse a las autoridades sin carácter judicial —y particulares— que no actúen estudiando su impugnación en ejercicio de la jurisdicción constitucional o sin haberse constatado que el acto en cuestión es de esa clase. Sólo así se armonizaría esta figura con la (indispensable para la seguridad jurídica) aplicación genérica de la presunción de constitucionalidad y sus implicaciones, en virtud de las cuales, sin las indicadas condiciones, no puede tenerse un acto por inconstitucional de “pleno derecho” o “en sí mismo”, al ser “inaceptable presumir su inconstitucionalidad... desde el momento de su emisión”, porque sólo “podrá devenir inconstitucional al momento en que sea declarado así por los órganos competentes a esos efectos”.¹⁶⁰

No omitimos, por otra parte, mencionar la interesante aplicación que el concepto de “actos inconstitucionales en sí mismos” podría tener en la determinación *prima facie* de violaciones graves a las garantías individuales, para efectos de la procedencia de la facultad de investigación de la Suprema Corte a partir de los dictámenes de órganos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.¹⁶¹

3. El principio de igualdad y su control judicial

El principio de igualdad, “valor superior del orden jurídico” en México, es aplicable sin excepción en cualquier materia jurídica, pero ha sido su proyección específica en la garantía de equidad tributaria¹⁶² con la que

¹⁶⁰ Véase acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acums., *cit.*, nota 146, considerando XVII, p. 47; y *supra*, nota 118.

¹⁶¹ Véase Pleno, facultad de investigación 3/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2007, 1a. sección, considerando IV, p. 105.

¹⁶² “EQUIDAD TRIBUTARIA. ÁMBITO ESPECÍFICO DE SU APLICACIÓN”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 2005, t. XXII, tesis 1a. CXXXVI/2005, p. 39. “El principio de igualdad halla en el derecho fiscal una particular expresión en la forma del principio de justicia tributaria (*Steuergerechtigkeit*), con el cual la imposición (*Besteuerung*) —especialmente en el régimen jurídico del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuerrecht*)— debe ajustarse al rendimiento económico”. BVerfGE 74, 182 (199-200).

Compárese la idéntica redacción, *mutatis mutandi*, de “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2004, t. XX, tesis 1a./J. 81/2004, p. 99; y “EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de*

más a menudo se han presentado oportunidades a los tribunales para delinearlo —lo que no se ha logrado con la coherencia deseable—. ¹⁶³

En algunas ocasiones la Suprema Corte definió la equidad tributaria —lo que por inducción puede llevarse al principio genérico de igualdad— en términos amplios que prohibían toda distinción de trato entre *personas* o *situaciones* que carezca de justificación razonable, ¹⁶⁴ en contraposición al criterio mucho más estrecho que sólo tiene por vulnerado ese principio cuando el legislador distingue entre diversas categorías de contribuyentes —personas— mas no entre diferentes supuestos de hecho en que universalmente todos ellos puedan encontrarse —situaciones—. ¹⁶⁵ Aunque ambas son “vigentes” por incluirse en las últimas compilaciones jurisprudenciales, luego de “una revisión a las diversas tesis sustentadas... en torno al principio de equidad tributaria”, la Corte amalgamó tales posturas contrarias en el parámetro de ambiguo uso según la frase a la que dé relevancia el juzgador, según el cual “las disposiciones tributarias deben tratar de manera igual *a quienes se encuentren en una misma situación* y de manera desigual *a los sujetos del gravamen* que se ubiquen en una situación diversa”. ¹⁶⁶ Vemos por lo anterior que la jurisprudencia

la Federación 1917-2000, t. I, tesis 197, p. 239. Véanse “EQUIDAD TRIBUTARIA. CUANDO SE RECLAMA LA EXISTENCIA DE UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE DISPOSICIONES LEGALES QUE NO CORRESPONDEN AL ÁMBITO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO, LOS ARGUMENTOS RELATIVOS DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD”, Primera Sala, *idem*, Novena Época, enero de 2007, t. XXV, tesis 1a./J. 97/2006, p. 231; y “EQUIDAD TRIBUTARIA. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN COMPRENDE DISPOSICIONES LEGALES QUE TRASCIENDEN AL MONTO DE LA OBLIGACIÓN FISCAL DE PAGO, AUNQUE NO AFECTEN DIRECTAMENTE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRIBUCIÓN”, Primera Sala, *idem*, Novena Época, febrero de 2007, t. XXV, tesis 1a. XXXIV/2007, p. 639.

¹⁶³ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Pérez de Acha, Luis Manuel, “La Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes”, *Este País*, México, núm. 177, diciembre de 2005, pp. 28 y 34.

¹⁶⁴ “EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA...”, *cit.*, nota 163; y “ACTIVO. EL ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, EN CUANTO HACE UNA EXCEPCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE CIERTAS DEDUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 53, p. 79. Véase “IMPUESTOS, VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LOS”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 258, p. 305.

¹⁶⁵ “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 255, p. 302; y “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 419, p. 482.

¹⁶⁶ “IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 251, p. 296.

mexicana aún no resuelve entre usar un concepto “personal” estricto o uno “material” más amplio para aplicar el principio de igualdad, como ya hizo optando por el último el Tribunal Constitucional español a quien la Corte mexicana ha seguido primordialmente en este rubro casi a pie juntillas, aunque no siempre correctamente;¹⁶⁷ esta indecisión es deplorable al auspiciar la arbitrariedad judicial —incluyendo la de la mismísima Corte— y por lo tanto la inseguridad de los justiciables.

Por otro lado, a grandes rasgos y con aparente influencia estadounidense, la Corte transitó de un criterio restringido con el que sólo entendió aplicable el principio de igualdad en tanto se hicieran diferencias en el disfrute directo de las garantías individuales, a situaciones más generales en las que aplica un escrutinio estricto o uno menos severo para determinar la licitud de las diferencias legislativas de trato según su incidencia en “derechos fundamentales constitucionales”, o sea en las claras prohibiciones del Constituyente que no dependan de su simple arbitrariedad, en virtud de que “[l]a igualdad es siempre... de carácter fundamentalmente adjetivo... se predica siempre de algo, y este referente es relevante a la hora de realizar el control de constitucionalidad de las leyes”.¹⁶⁸ Podemos apreciar de ello que en la jurisprudencia mexicana se da una presunción de constitucionalidad de las distinciones legislativas “fuerte” o “débil”, según requiera un benévolo o estricto análisis del juez constitucional por su incidencia en la dignidad de la persona, en sus derechos fundamentales u otros principios básicos.

Por ser un “concepto relacional”, la reclamación de una vulneración al principio de igualdad requiere que el actor exponga los “términos de comparación” adecuados para establecer la obligación legislativa de dar

¹⁶⁷ Véase *supra*, apartado III.3.C.

¹⁶⁸ “IGUALDAD. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN QUE SE HAGAN VALER RESPECTO A LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO PUEDEN ENTENDERSE SI NO ES EN RELACIÓN DIRECTA CON LAS LIBERTADES QUE ÉSTA CONSAGRA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2000, t. XII, tesis P. CXXXIII/2000, p. 27; “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, *idem*, Novena Época, diciembre de 2004, t. XX, tesis 1a. CXXXIII/2004, p. 361; y “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL...”, *cit.*, nota 146. De la intervención en los derechos fundamentales, es inescindible la adjetividad tanto de una más o menos fuerte o directa desigualdad en su goce, como de la estimación de ésta a través del examen de proporcionalidad; véase STC 136/1999, F.J. 22.

trato igual a su situación.¹⁶⁹ Pero hecho lo anterior, dado que toda distinción legislativa ha de tener “bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente entre una y otra categoría”, para superar un “juicio de equilibrio en sede constitucional” a la luz del principio de proporcionalidad,¹⁷⁰ la carga de la argumentación y prueba respectivas a la existencia y suficiencia de las razones que impulsen la diferencia de trato, deben ser demostradas *por el órgano legislativo demandado* si no son más o menos explícitos; además de un imperativo argumentativo y legal,¹⁷¹ ello ha sido considerado por la Corte como una forma de “obligar al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de establecer distinciones legislativas”.¹⁷²

La ausencia de suficientes razones justificativas de una distinción legislativa sería suficiente para establecer su inconstitucionalidad, dado que el legislador se encuentra inicialmente en la obligación de dar el mismo trato a situaciones (subjetivas y objetivas) análogas.

No sería extraño —y nos parece lo debido— que se declare la inconstitucionalidad de distinciones legislativas que no sean adecuadamente y concretamente defendidas mediante la exposición y debida comprobación de la existencia y razonabilidad de las “bases objetivas” del legislador para establecerlas,¹⁷³ si el juzgador no las apreciare por su notorie-

¹⁶⁹ “IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 2005, t. XXII, tesis 1a. CXXXVIII/2005, p. 40; *cf. supra*, nota 93. La idea de “concepto relacional” corresponde a Francisco Rubio Llorente y la adoptó el Tribunal Constitucional español; véanse *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, p. 640, citado en Carbonell, *op. cit.*, nota 64, pp. 168 y 169; STC 181/2000, F.J. 10.

¹⁷⁰ *Supra*, nota 168; “EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 198, p. 240 —una inexacta copia de STC 76/1990, F.J. 9, inciso A—; e “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2006, t. XXIV, tesis 1a./J. 55/2006, p. 75.

¹⁷¹ Véase *supra*, nota 142.

¹⁷² *Cfr.* Primera Sala, amparo en revisión 988/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2006, t. XXIV, considerando IV, pp. 82 y 84. Véase, también, “TRATADOS INTERNACIONALES. SU REGULACIÓN EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis 1a. CXXXVI/2006, p. 267.

¹⁷³ Véanse “INFORME JUSTIFICADO DEFICIENTE”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CV, p. 2107; y “ACTO RECLAMADO. CORRESPONDE AL

dad.¹⁷⁴ En tales casos —y en el peor de los escenarios para él—, al actor bastaría demostrar la asimilación de los supuestos distintamente manejados en la ley y negar razones suficientes a su diferente tratamiento para superar *prima facie* la presunción de constitucionalidad de que gozan y arrojar las cargas argumentativas correspondientes al órgano de poder que las expidió. Lo anterior apunta a la inconveniencia de la extendida práctica que realizan las legislaturas en el juicio de amparo, de pretender justificar sus actos con la escueta afirmación de que la ley impugnada “se expidió dentro de sus facultades” u otras similarmente abstractas, que normalmente no se lleva a cabo en la controversia constitucional o en la acción de inconstitucionalidad, que se perciben como “más importantes”, por lo que en ellas el legislador se esmera más en la defensa de sus actos, suponemos que por la posibilidad de anulación general de sus actos que conllevan esos procesos y de ser, no pocas veces, manifestación de un conflicto político de mayor calado.

QUEJOSO DEMOSTRAR SU INCONSTITUCIONALIDAD A PESAR DE QUE LA RESPONSABLE OMITA ACOMPAÑAR LAS CONSTANCIAS AL RENDIR SU INFORME”, Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *idem*, Octava Época, enero-junio de 1989, t. III, segunda parte-1, p. 53.

¹⁷⁴ Lo que nos llevaría a la añeja discusión sobre la extensión total de la suplencia de la queja en el amparo y a reconsiderar el papel del juzgador en ese proceso que plantea “problemas cada vez más técnicos y complejos”, a fin de equilibrar al quejoso con la autoridad responsable y las demás partes en los casos a que ahora nos referimos. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas consideraciones sobre las recientes reformas a la Ley de Amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 407-411; y *supra*, nota 88.