

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y
JURISPRUDENCIAL DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

José Miguel Cabrales Lucio

Profesor de grado (Derechos Humanos) y posgrado (Derecho procesal constitucional)

Coordinador de Investigación

Universidad Autónoma de Tamaulipas, México

SUMARIO

1. *Introducción y observaciones preliminares.*
2. *Antecedentes y primeras apariciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial.*
 - 2.1. *A nivel teórico y convencional.*
 - 2.2. *A nivel jurisprudencial original.*
3. *Aspectos teóricos fundamentales sobre la presunción de constitucionalidad de la ley en la doctrina de James Bradley Thayer.*
4. *Desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley.*
 - 4.1. *La doctrina de la preferred position de algunos derechos fundamentales.*
 - 4.2. *Rigidez del canon de interpretación y modulación de la presunción de constitucionalidad en materia de igualdad. Minorías y «categorías sospechosas» en el control de constitucionalidad de la ley.*
 - 4.3. *Reivindicación de la presunción de constitucionalidad de la ley.*
5. *Algunas reflexiones finales.*
6. *Bibliografía utilizada.*

1. Introducción y observaciones preliminares

El principio de presunción de constitucionalidad de la ley, supone que cuando exista un posible choque entre una norma con rango de ley y su respectiva interpretación y un precepto constitucional con su respectiva interpretación, la contradicción debe ser clara, inequívoca y manifiesta para declarar la inconstitucionalidad de la ley cuestionada. Con estos parámetros la presunción de constitucionalidad se puede encuadrar entre uno de los más importantes aspectos que sirven de apoyo a los argumentos esgrimidos a favor de la legitimidad del control constitucional de la ley¹. Este principio ha tenido su origen en los Estados Unidos de América (EUA), debido a la necesidad de encontrar fundamentos que justifiquen o al menos que disminuyan las críticas al control de la ley por parte jueces de los cuales se duda su legitimidad democrática.

Así, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley cumple una función fundamental y ha constituido un elemento nuclear de la justicia constitucional en el escenario de la *judicial review* en EUA y en todos aquellos países donde se desarrolle el control constitucional de la ley. Por tanto, el conocimiento de su origen y sus antecedentes, tanto doctrinales como jurisprudenciales, así como su desarrollo y transformación es fundamental para poder estar en condiciones de emitir un criterio sobre la legitimidad final del control constitucional de la ley.

La finalidad de este trabajo es hacer un recorrido histórico descriptivo por el origen, desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en los EUA. Asimismo se plantea poner en contexto y en un solo documento aspectos que han sido desarrollados de manea independiente para tener un marco de referencia en cada momento que se pretenda seguir investigando o proponiendo nuevos entendimientos de la presunción de constitucionalidad, no solo en EUA sino en otros contextos constitucionales.

Iniciaremos este trabajo con una breve exposición de algunas expresiones que dan cuenta de la forma de concebir la presunción a favor de la ley. Analizaremos las primeras apariciones de la presunción en el control judicial tanto desde la perspectiva teórica como jurisprudencial. Se expondrán algunas reflexiones sobre el desarrollo y transformación de esta presunción, para intentar ofrecer algunas pautas que ayuden al entendimiento de la siempre latente problemática sobre los

¹ Sobre la legitimidad democrática del control constitucional de la ley puede verse un resumen bastante claro en FERRERES COMELLA. Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México D.F: Fontamara, 2008, 127 p, especialmente pp. 41-77.

alcances del control constitucional en aquellos países que han observado y que siguen observado con detenimiento este tema en los EUA.

2. Antecedentes y primeras apariciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial

2.1 A nivel teórico y político

Podemos iniciar el recorrido histórico y doctrinal de las ideas sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes desde los famosos papeles del *Federalista*. En concreto en el numero 78, Alexander Hamilton escribía por ejemplo, que los tribunales solo podían declarar una ley contraria a la Constitución si existía una «irreconcilable contradicción»², ya que de lo contrario la ley deberá permanecer en el ordenamiento jurídico y ser aplicada como todas las demás. Es muy importante la referencia a los argumentos de Hamilton sobre la concepción de la ley y del poder judicial para controlarla, pues como se sabe, constituyeron ideas fundamentales para la ratificación final de la primera Constitución escrita del constitucionalismo moderno.

Hamilton se encargaba de defender el control de los jueces sin por ello suponer una superioridad de estos sobre ninguna otra rama del Poder. En los papales del *Federalista* se destaca la mayoría de las veces la férrea defensa del poder judicial como el menos problemático y peligroso de los tres (Legislativo y Ejecutivo). Sin embargo, se pasa por alto que con solo dos palabras ya transcritas en el párrafo anterior, se establece intrínsecamente que el poder judicial aun teniendo la facultad de controlar la ley constitucionalmente, no tiene toda la potestad para hacerlo según le plazca. Continúa Hamilton explicando que dadas las amplias facultades del poder judicial para interpretar la ley es prácticamente un deber de los jueces en la medida de lo posible («so far as they can») lograr una amigable “interpretación/construcción” de la ley que la haga «reconcilable» con la Constitución.³

En el momento mismo de la elaboración de la Constitución de EUA podemos encontrar ya afirmaciones, ciertamente de naturaleza política, que soportan un carácter fuerte de la presunción a favor de la ley. En efecto, en la convención de

2 En la versión original se puede leer: «irreconcilable variance». Obtenido de la versión electrónica que proporciona la biblioteca del Congreso de EUA. Disponible en línea: http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html. Consultado 10 de octubre de 2012

3 *Ídem*.

Filadelfia de 1787, el delegado por el Estado de Pensilvania JAMES WILSON llegó a afirmar que: «Las leyes pueden ser injustas, poco prudentes, peligrosas, destructivas y aun así pueden no ser inconstitucionales»⁴. Se discutía en concreto, la labor de los jueces a los que se les reconocía indudablemente la facultad de proteger los derechos constitucionales, sin embargo ello no era una autorización para realizar declaraciones de inconstitucionalidad sin la debida prudencia que exige la consideración del carácter democrático y en ese entonces, cuasi sagrado de la ley. El delegado por el Estado de Virginia George Mason también se mostró escéptico con la función de los jueces y afirmó que aunque ellos podían declarar una ley inconstitucional, ello solo podía acontecer si esta fuese «...injusta opresiva o perniciosa».⁵ Con estas afirmaciones se puede observar que, aunque se reconocía cierta confianza al poder judicial, estaba muy presente la prudencia y el respeto que debía guardarse a la ley aprobada por procedimientos democráticos en la recién independizada nación americana.

2.2 A nivel jurisprudencial original

Es importante mencionar que el principio de presunción de constitucionalidad en su vertiente instrumental en EUA no es privativo de la Corte Suprema, como tampoco lo es el control judicial. El principio en comento, es por el propio carácter de este control: difuso, un principio que se desarrolla, aunque con algunas características particulares, tanto por el alto tribunal como por todos y cada uno de los jueces que ejercen el control de la ley. Sin embargo, aquí nos enfocaremos al desarrollo de la presunción de constitucionalidad por la Suprema Corte, fundamentalmente por considerar el mayor impacto y vinculación de sus decisiones en la organización judicial inferior.

La experiencia jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley se inicia en el caso *Calder v. Bull*, de 1798 en la que, después de recordar los límites de los Congresos locales y del Federal, se puede leer: «Existen ciertos

4 Traducción propia del texto original: «*Laws may be unjust, may be unwise, may be dangerous, may be destructive; and yet may not be so unconstitutional*» en HALL, Kermit; HALL, Mark David (eds.). *Collected Works of James Wilson*, vol 1. Indianapolis: Liberty Fund Press, 2007, p. 121. Sobre la influencia de Wilson ver también HALL, Mark David. «Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson». En *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*. núm. 26, 2009, pp. 1-14.

5 FERRAND, Max (ed.). *The Records of the Federal Conventions of 1787*. Volumen 2. New Haven: Yale University Press, 1911, p. 78. Disponible en Línea: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1786&Itemid=99999999. Consultado 10 de octubre de 2012.

principios vitales en nuestro Gobierno republicano los cuales van a determinar y a anular un *aparente y flagrante* abuso del poder Legislativo»⁶. De esta cita, lo que nos interesa es en primer lugar la afirmación de que un exceso en el ejercicio del poder Legislativo (en concreto en la elaboración de las leyes) sea desde el principio solo aparente, y que en caso de tener que llegar a la conclusión de que es contrario a los principios fundamentales del tipo de Gobierno que tiene EUA, entonces tendrá que ser *flagrante*. Estas primeras afirmaciones de la Corte Suprema no se hicieron en el preciso contexto de la *judicial review*, pero marcan un precedente sobre la concepción de la ley y de su posición en el entendimiento judicial a la hora de controlarla. Mas adelante en el mismo asunto, en concreto en la opinión del juez Chase se puede encontrar una expresión de auto restricción propia de la presunción de constitucionalidad que subyace a la deferencia mostrada al legislador al controlar la ley. El juez afirmaba que aunque tuviera la necesidad de interpretar la ley y de pronunciarse sobre su validez, dada la falta de claridad de las palabras contenidas en dicha ley, no ejercerá su facultad de control declarando la incompatibilidad «but in a very clear case»⁷.

Por ultimo en este mismo asunto el juez Chase continua reafirmando la necesidad de no tomar a la ligera la presunción de constitucionalidad de ley en los siguientes términos:

«If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the Court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case. If, on the other hand, the Legislature of the Union, or the Legislature of any member of the Union, shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the Court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgment, contrary to the principles of natural justice»⁸.

Cuando apenas habían pasado unos cuantos años desde la importante y famosa decisión *Marbury v. Madison* del Juez MARSHALL⁹ sobre la instauración ju-

6 3 U.S. 386 (1798). Traducción y énfasis propio de la siguiente cita de la sentencia: «There are certain vital principles in our free Republican governments, which will determine and over-rule an apparent and flagrant abuse of legislative power»

7 *Ídem*.

8 *Ídem*.

9 5 U.S. 137 (1803). Una buena descripción de la actividad del Juez JOHN MARSHALL, como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1801 – 1835), puede verse en OLKEN, Samuel. «Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History». En *The John Mar-*

risprudencial de la *judicial review* de leyes federales, en concreto el 2 de febrero de 1819, la Corte Suprema reafirmaría las bases de la presunción de constitucionalidad de la ley basada en la autoridad concedida al Congreso representante del pueblo¹⁰. En efecto en la decisión *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* se estableció que cuando se controle la validez de un acto legislativo se debe considerar «la evidencia intrínseca de la diligencia, la habilidad y la integridad del órgano que lo ha creado»¹¹. Se confirma entonces, la configuración jurisprudencial sobre la imposibilidad de declarar una ley como inconstitucional cuando existan dudas al respecto debido a la especial posición institucional del creador de la norma.

Con el paso del tiempo las afirmaciones de la Corte en el sentido de considerar solo inconstitucional una ley cuando lo sea con toda evidencia. En este sentido, la opinión del Justice WASHINGTON en el caso *Ogden v. Saunders* de 1827 es bastante ilustrativa de la concepción de la presunción de constitucionalidad que es descrita en los siguientes términos: «no es sino debido al justo respeto a la sabiduría, integridad y patriotismo del cuerpo legislativo por lo que toda ley es aprobada para presumir su validez hasta que la violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable»¹². Estas afirmaciones sirvieron en buena medida para configurar la regla o doctrina del *doubtful case*. Debido a esta doctrina, para poder revisar y llegar a declarar inconstitucional una ley, la Corte tendría que encontrar una transgresión entre los dos instrumentos normativos que fuera «obvia y palpable»¹³. Con esta postura la tónica que prevaleció en la Suprema Corte durante mucho tiempo era la intención de no ocasionar ningún tipo

shall Law Review, vol. 33, 2003, p 743 y ss. Mientras que para conocer la biografía del juez JOHN MARSHALL y entender en gran medida cuál era su visión del Derecho constitucional puede verse entre la bibliografía existente a NEWMYER, Kent. *John Marshal and the Heroic age of the Supreme Court*. Louisiana: University Press, 2002, 552 p.

10 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

11 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819). Traducción propia. Una reivindicación de la labor del Poder Legislativo ha sido fuertemente robustecida por un grupo interesante de académicos en la obra BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 585 p.

12 «It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity, and the patriotism of the legislative body by which any law is passed to presume in favor of its validity until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt». Traducción propia (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

13 «Courts continued to profess adherence to a form of the doubtful case rule, under which they would find statute unconstitutional only if the inconsistency was «obvious and palpable» (RUGER, Theodore. «A question which convulses a nation. The early republic's greatest debate about the judicial review power». En *Harvard Law Review*, vol. 117, enero 2004, núm. 3, p. 884 y ss.).

de tensión con el Congreso. A este respecto el propio Justice WASHINGTON contundentemente recuerda el contexto de la presunción de constitucionalidad como un imperativo de la Corte y de todos sus miembros¹⁴.

Mas adelante la Corte asumía en una línea muy similar al canon de evitación de cuestiones constitucionales que el Congreso no pretendía elaborar leyes inconstitucionales y por tanto, debía imperar la presunción de constitucionalidad¹⁵. Bajo este prisma ya había una estrecha vinculación entre la presunción de constitucionalidad de la ley como criterio específico de interpretación constitucional y la *avoidance doctrine* para evitar cuestiones constitucionales. Incluso se podía pensar que la asimilación, en pleno inicio del S. XX por la Corte Suprema, era mucho mas avanzada, al considerar la posibilidad y hasta cierto punto la obligación, no solo de interpretar, sino *construir la ley* por vía interpretativa. Esta *construcción* muy usual en el lenguaje de la *judicial review*, debía permitir encontrar por lo menos dos razonables interpretaciones, que aunque distintas entre si, pudieran desprenderse del texto interpretado. Así, si una de estas interpretaciones ofrecía problemas de constitucionalidad, acaso dudas, debía excluirse y preferirse aquella que sea más acorde con la Constitución o al menos que ofreciera menos problemas de constitucionalidad¹⁶.

Según parte de la doctrina que se ha ocupado del tema en profundidad la presunción de constitucionalidad en los términos en los que la hemos descrito anteriormente ha sido utilizada frecuentemente por la Corte y ha sido considerada en ocasiones ya fuera de debate¹⁷. En definitiva, la posición de la Corte es un claro ejemplo del deseo de mantener una línea de conducta que privilegiara al legislador y hacer que esta postura interpretativa fuera unitaria en el poder judicial.

3. Aspectos teóricos fundamentales sobre la presunción de constitucionalidad

14 «This has always been the language of this Court when that subject has called for its decision, and I know that it expresses the honest sentiments of each and every member of this bench» (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

15 *United States ex rel. Attorney General. v. Delaware & Hudson Co.* 213 U.S. 366, 408 (1909).

16 *Idem*. Ver también la interpretación que de esta sentencia se hace en HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 6, 2003, p. 1801.

17 *Jones v. United States*, 526 U.S. 227, 240 (1999) y *Edward J. DeBartolo Corp. V Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U. S. 575 (1988). Citados en HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally?... ob. cit.», p. 1801, nota 20.

dad de la ley en la doctrina de James Bradley Thayer

En el plano conceptual y teórico, cualquier estudio sobre el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, que se precie justo, debe hacer referencia a JAMES BRADLEY THAYER¹⁸, quien en 1893 publica su artículo «The origin and scope of the American doctrine of the Constitutional Law»¹⁹. Siendo un experto en teoría de la prueba, el profesor THAYER trasladó la construcción teórica de la presunción de inocencia en materia penal al ámbito constitucional del control de la ley. Lo anterior supone, para el ámbito constitucional tanto como decir que, aunque el juez constitucional considere ligeramente que hay indicios para determinar la inconstitucionalidad de la ley, si esos indicios no hacen que surja en él, una convicción plena, clara, que este fuera de toda duda razonable de que dicha ley es contraria a la Constitución, no podrá, o al menos no deberá, decretar la inconstitucionalidad²⁰.

En este sentido, la propia sentencia *Marbury vs. Madison*²¹ ha sido criticada, por THAYER. Según esta crítica, el juez JOHN MARSHALL determinó la inconstitucionalidad sin hacer caso a los *test* de *racionalidad*²², y utilizando, exclusivamente la regla donde la norma superior invalida a la inferior. Así que si la ley contradice a la Constitución y esta última es la norma superior y suprema

18 James Bradley nació en Massachusetts, graduado de la Universidad de Harvard, fue abogado, posteriormente profesor de la misma universidad. Fue uno de los más prestigiosos abogados constitucionalistas y en materia de prueba de los Estados Unidos de América. Su primer libro fue *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: University of Michigan Library, 1898, 660 p.

19 En *Harvard Law Review*, vol. VII, octubre, 1893, núm. 3. pp. 129 -156.

20 Se puede notar a simple vista el traslado de la doctrina penal al campo de la justicia constitucional ocupando la ley una posición nada más y nada menos que la del ser humano. Cabría también hacer una reflexión en los siguientes términos: la doctrina de la presunción de inocencia tiene como actores por un lado el ser humano dotado de derechos subjetivos fundamentales y por otro la actuación de los órganos judiciales en la investigación e instrucción de causas penales, en el otro punto de comparación (el constitucional) los actores son por un lado, el juez constitucional con potestad para declarar una ley inconstitucional y nula y por otro el legislador democrático cuyo acto primordial se controla – la ley-. Las similitudes radican en que en ambos casos se pretende salvar de la sanción al elemento enjuiciado, al hombre se le presume su inocencia y lo que se debe probar es su culpabilidad, a la ley se le presume su constitucionalidad y lo que se debe probar es lo contrario, en materia penal en atención al principio *pro homini*, en el constitucional en el principio *pro legislatore*.

21 5 U.S. 137 (1803). Sobre esta sentencia y una descripción de las repercusiones para el control constitucional véase WILLIAM, Nelson. *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*. University Press of Kansas, 2000, 160 p

22 THAYER, James. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, octubre, 1893, p. 140. Ver también GABIN, Sanford. «Judicial Review, James Bradley Thayer and the reasonable doubt test». En *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 3, 1976, pp. 961 – 1014.

de todo el país, la ley debe declararse, tal como se hizo. Pero para el profesor de *evidence*, esto no puede ser así, y aunque el resultado pueda ser el mismo, en la argumentación que hizo el juez debería haber estipulado las razones que hacían a la ley clara, manifiesta y evidentemente contraria a la Constitución²³. Se exigiría entonces, como hasta ahora se sabe, un *test* de enjuiciamiento mucho más estricto y un nivel de argumentación suficientemente fuerte al impugnante de la ley para no dejar ninguna duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley. Aquí es donde entra la razonabilidad que defiende THAYER, utilizada hasta ese entonces frecuentemente en materia penal, y que consiste, en el juicio racional que pueda hacer cualquier hombre razonable²⁴. Por lo tanto, la interpretación que hizo el legislador de una materia constitucional, tal como aparece reflejada en una ley, no solo debe ser incorrecta sino irrazonable²⁵. No basta con que el legislador haya escogido la interpretación de las varias posibles de una cláusula constitucional que refleje los valores que el juez no considere correctos, sino que la declaración de inconstitucionalidad sólo se puede producir cuando los valores reflejados en la ley no correspondan con ninguna de las interpretaciones posibles de la cláusula constitucional, siendo por tanto clara la contravención, para cualquier hombre razonable²⁶.

Si desdoblásemos el procedimiento de control de la ley que subyace en las líneas anteriores, podríamos afirmar que en primer lugar, el juez debe interpretar la Constitución; después, decidir si la ley es compatible con esa interpretación y si cree que hay incompatibilidad, o que la interpretación que hizo el legislador sobre la materia de la ley es incorrecta debe, en último lugar averiguar si la causa que hace a la ley inconstitucional es clara, manifiesta y rotundamente contraria a la Constitución, para poder decretar su inconstitucionalidad²⁷.

La exigencia para decretar una ley inconstitucional bajo el pensamiento de THAYER encuentra sustento en la siguiente afirmación expresa:

«El poder judicial puede reflejar que si hubiera sido considerado por el pue-

23 *Ibidem*, p. 146.

24 *Idem*.

25 *Ibidem*, p. 148.

26 Si admitimos este argumento, entonces, si razonablemente no se hace incorrecta la ley, pese a que no sea del todo correcta, ¿debería prevalecer dicha ley con todos sus efectos? Esta última afirmación es parte de los argumentos para criticar la presunción de constitucionalidad, al menos una fuerte presunción. Este aspecto no será tratado en profundidad en este trabajo, pero cabe destacar su indudable importancia desde la perspectiva crítica.

27 *Ibidem*, p. 149.

blo como el jefe de la protección contra las violaciones a la Constitución, no se hubiera permitido sólo el control incidental [...]. Como la oportunidad de los jueces para revisar y corregir actos inconstitucionales es tan limitada, esto nos puede ayudar a entender porque la intensidad de su control, cuando ellos tienen la oportunidad de realizarlo, también debe ser restringida»²⁸.

Bajo estas afirmaciones se encuentra una aceptación, no sin reservas, del propio control de constitucionalidad de las leyes, manteniendo siempre la cautela de la intensidad del poder de control²⁹. La base para considerar que las leyes del Congreso deben presumirse constitucionales por parte de la Corte es la aprobación en el seno de la deliberación pública utilizando la regla de la mayoría. En suma, THAYER no se opone expresamente al control, sino que condiciona su aplicación para una mejor y más eficaz inserción en el sistema democrático en que se pretende desarrollar.

Las ideas de James Bradley Thayer fueron ampliamente debatidas, discutidas y sirvieron de base par la actuación de la Suprema corte y para la concepción y delimitación de la presunción de constitucionalidad de la ley durante largo tiempo. Sin embargo, por el propio carácter vivo de la interpretación constitucional, la doctrina original de la presunción de constitucionalidad de la ley fue matizada y reconsiderada según las circunstancias concretas. Ello hace necesario conocer el desarrollo de esta presunción en sede jurisprudencial, lo que ha motivado también importantes estudios sobre el comportamiento de esta presunción a lo largo de los años de actividad de la Corte, a ello se dedicara el siguiente epígrafe.

4. Desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley

Según **William G. Ross** la aceptación más o menos generalizada de la presunción de constitucionalidad de la ley estaba íntimamente relacionada con la

28 «The judiciary may well reflect that if they (the judges) had been regarded by the people as the chief protection against legislative violation of the Constitution, they Would not have been allowed merely this incidental and postponed control....As the opportunity of the judges to check and correct unconstitutional acts is so limited, it may help us to understand why the extent of their control, when they do have the opportunity, should also be narrow». (Traducción propia). THAYER, James. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, 1893, p. 136.

29 DORADO PORRAS por ejemplo se refería a esta deferencia defendida por Thayer como una regla de amministrazione también asimilable a la doctrina de la «equivocación clara» (DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 13-15).

oposición más o menos fuerte a la propia figura de la *judicial review* desde la perspectiva política³⁰. Este aspecto permaneció casi sin grandes cambios hasta la primera mitad del S XX. Incluso en este periodo era frecuente encontrar detractores de la facultad de la Suprema Corte para invalidar o inaplicar leyes aprobadas por el Congreso. Al no poder contrarrestar o anular la propia facultad de la Corte para controlar judicialmente las leyes atribuida desde 1803, las propuestas para reducir el problema de la legitimidad democrática iban desde la posibilidad de elección popular de algunos magistrados de la Corte, el veto en el Congreso de algunas decisiones judiciales, la anulación de decisiones judiciales por referéndum o la exigencia de declarar la inconstitucionalidad solo bajo ciertas mayorías reforzadas dentro del pleno del Tribunal³¹.

La presunción de constitucionalidad de la ley por su propia naturaleza ha estado vinculada a la concepción fuerte o débil de la *judicial review*. Por esta razón hay una relación también en la transformación del control judicial en EUA. Por ejemplo, como ya se ha indicado, en la primera mitad del S. XX la presunción de constitucionalidad estaba extendida y tenía relativamente pocos detractores, además la jurisprudencia la avalaba en cada juicio que tenía que realizar. ¿En que consistía este beneplácito? Pues bien, en el periodo mencionado existía por contraste una oposición a la *judicial review*, específicamente de ciertas medidas de carácter social y económico. Esta oposición se traducían inmediatamente en un apoyo a la presunción a favor de la ley, pues dado que no era viable la erradicación de la *judicial review*, naturalmente que quien la aceptase debía defender entonces férreamente la presunción de las leyes sometidas a control, para limitar al poder judicial.

Ahora bien, en la Suprema Corte no existía una línea general y homogénea sobre la presunción de constitucionalidad de la ley ni una unánime concepción de la misma. Por ejemplo en 1936 la Suprema Corte dictó la importante sentencia *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* en la que afirmaba que: el respeto al Legislador y su obra, y por tanto la deferencia judicial que se debía tener cuando se analice una ley, formaba parte de un aspecto mucho mas amplio conocido como el *Judicial self-restraint*, o contención judicial³². Lo que es verdaderamente destacable de esta

30 ROSS, William G. «Obama's Comments and Challenges to Judicial Review». En *JURIST - Forum*, abril, 11, 2012, <http://jurist.org/forum/2012/04/william-ross-judicial-review.php>. Consultado viernes 13 de abril de 2012.

31 Ídem.

32 Argumentos contenidos en el voto concurrente del Juez BRANDEIS en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, (1936). Con más desarrollo puede verse SCHAUER, Frederick. «Ashwander Revisited». En *The Supreme Court Review*. 1995, pp. 71-98.

sentencia son los argumentos del Juez BRANDEIS en su voto concurrente, en específico en el punto número 7 en donde se despliega como trasfondo, la defensa de una auto restricción judicial a la hora de controlar la ley en cuestión. En definitiva, que cuando sea posible realizar una interpretación (en este caso construcción) de la ley que no ofrezca dudas de constitucionalidad deberá preferirse esta para evitar el análisis de fondo de la constitucionalidad de la ley³³.

En la misma línea y como uno de los jueces más fieles a la doctrina thayeriana de la presunción de constitucionalidad de la ley se encontraba el juez FELIX FRANKFURTER³⁴. Para PERRY la postura de FRANKFURTER en lo que respecta a una fuerte concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley se reflejó en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, de 1943³⁵. A su vez el criterio del juez en cuestión estaba fuertemente influenciado por OLIVER WENDELL HOLMES sobre la *judicial self-restraint* ampliamente conocida. Con estos elementos, la posición de FRANKFURTER durante su trabajo en la Suprema Corte se caracterizaba por defender la férrea idea de que cuando existiera una aparente contradicción entre una ley y un principio o derecho constitucional, los jueces tenían que presumir la constitucionalidad, no solo de tal ley, sino de cualquier acto o medida legislativa sujeta a control³⁶.

La presunción de constitucionalidad de la ley, que como hemos visto ha sido desarrollada desde los planos teóricos y prácticos también desplegó sus efectos en algunos tribunales en los EUA y en alguno de ellos como el caso de Florida fue considerado como uno de los *cardinal principles*³⁷. En efecto, algunos de los tribunales supremos estatales han hecho afirmaciones categóricas que defienden la presunción de constitucionalidad de ley en control judicial, cuya configuración se complementaba con otros dos principios estrechamente vinculados. En primer lugar, se establecía que la carga de la prueba recaía sobre quien cuestionara la validez de la ley; en segundo lugar, consolidaba el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, al dar por sentado que el Legislador habría intentado

33 *Ashwander v. Tennesse Valley Authority*, 297 U.S. 288, 348.

34 Juez del 30 de enero de 1939 al 28 de agosto de 1962 y que podría ser considerado el más fiel discípulo de las teorías de Thayer sobre la deferencia hacia el Legislador en el control constitucional (PERRY, Michael «The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism». En *Northwestern University Law Review*, vol. 88, p. 152).

35 *Ídem*. En este caso se declara inconstitucional una medida del Estado de Virginia, sin embargo en los argumentos subyace la postura sobre la presunción de constitucionalidad.

36 En esta línea WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, p. 456.

37 *Boynnton v. State*, 64 So, 2d 536 (Fla. 1953).

aprobar una ley constitucional; y en tercer lugar, cuando la ley controlada fuera razonablemente susceptible de dos interpretaciones, donde una de ellas sería inconstitucional y la otra válida, era deber del tribunal adoptar aquella construcción/interpretación según la cual la ley fuera constitucional³⁸.

A pesar de la aparente continuidad en la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley, el paso del tiempo y las circunstancias concretas en la actividad judicial propiciaron que el desarrollo de este criterio de interpretación no fuera lineal. Una matización importante por la que atravesó la concepción de la presunción de constitucionalidad fue la de modular su intensidad en algunas áreas concretas, por ejemplo en materia de ciertos derechos fundamentales y de una manera más general para defender la igualdad y evitar la histórica y tradicional discriminación sobre ciertos grupos vulnerables. Así, la PCL se vio notoriamente matizada como consecuencia de una actividad más incisiva de la Corte en la década de los 50 y 60. Una de las pruebas del intermitente efecto práctico y ambivalente de la presunción de constitucionalidad de la ley como criterio de interpretación en el control judicial se presentó en la conocida como Corte WARREN³⁹. En este periodo se sostenía que la presunción de constitucionalidad operaba en forma diversa a como se había desarrollado hasta el momento. Esta modificación se circunscribió fundamentalmente a los derechos y libertades, no encontrándose evidencia de que fuera así para el caso de cualquier otra cláusula constitucional. Cuando se enfrentaba una disposición legislativa que regulara o limitara algún derecho establecido constitucionalmente, era ésta ley la que debía justificarse operando una presunción en su contra⁴⁰. Este es un giro de 360 grados en la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley.

Esta matización no fue otra cosa que una modificación en el sentido de no

38 *Boynston v. State*, 64 So, 2d 536, 546 (Fla 1953), donde se puede leer: «In construing a statute where it is claimed that the same is void because it conflicts with some provision of the Constitution, there are certain cardinal principles: (1) the burden is upon him who assails the constitutional validity of a statute, (2) it is presumed that the Legislature intended a valid constitutional enactment, and (3) when the constitutionality of a statute is assailed, if the statute be reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it would be unconstitutional and the other it would be valid, it is the duty of the Court to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity». Sobre la carga de la prueba como consecuencia de la presunción es ilustrativo ver PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. «Presumptions and Burdens of Proof». *EUI Working Papers Law*, núm. 2006/36, 15 p.

39 Se llamó así por ser el periodo en el que EARL WARREN fue presidente y comprendió de los años 1953 a 1969. Sobre el legado y desarrollo de la actividad jurisprudencial en este periodo véase UROFSKY, Melvin. *The Warren Court: justices, rulings, and legacy*. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2001, 356 p.

40 Por ejemplo WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Ob. cit. p. 456.

atribuir tanta confianza a la ley controlada cuando esta afectaba derechos civiles como la igualdad o por otro lado, la tacita autorización de la discriminación racial, también el procedimiento penal, por mencionar las más prominentes.

4.1. La doctrina de la *preferred position* de algunos derechos fundamentales

La presunción de constitucionalidad de la ley también se vio notoriamente transformada en virtud del contenido especial de ciertas leyes en las que el Legislador parecía tener una mayor incidencia en el ámbito de la autonomía personal, en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, el control judicial que se realizaba a las leyes que incidían en ciertos derechos fundamentales fueron objeto de un control más intenso que hacia por ello entender la presunción que operaba, tradicionalmente a favor de la ley, de una manera menos intensa⁴¹, por decirlo de alguna manera.

En un primer momento la doctrina de la posición preferencial de las libertades fundamentales de la décimo cuarta enmienda de la Constitución (1868) en EUA sugería que en el momento de controlar una ley que desarrollase algunos derechos, por su posible inconformidad con la Constitución, la ley tendría que ser «subjected to more exacting judicial scrutiny»⁴². En concreto el nivel de control más estricto involucraba generalmente el derecho al voto. Este mayor rigor de control de la ley se hacía respecto a otras libertades también importantes como la libertad contractual⁴³.

La doctrina de la *preferred position* ha sido explorada en gran medida respecto a las libertades fundamentales de la primera y decimocuarta enmienda de la Constitución y desarrollada especialmente por su Tribunal Supremo⁴⁴. La construcción jurisprudencial de este *test* fue obra principalmente de los tribunales WARREN

41 Principalmente a partir de la nota número 4 en la sentencia *United States v Carolene Products* 304 *US* 144 (1938).

42 *Ídem*. También véase FALLON, Richard. «Strict Judicial Scrutiny». En *UCLA Law Review*, vol. 54, núm. 1267, 2006-2007, pp. 1267-1337. Disponible en línea:

[http://www.heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/uclalr54&men_hide=false&men_tab=citnav&collection=journals&page=1267#1349]. Consultado 30 de enero de 2012.

43 Véase por ejemplo TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2da. ed. Mineola, New York: The Foundation Press, inc., 1988, pp. 789-784.

44 Estas libertades ocuparon un lugar significativo y privilegiado según la opinión expresada en *Jones v. Opelika* 316 U.S. 584 (1942). Para una visión general de esta doctrina existe una amplia bibliografía, por ejemplo TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 789-784.

Y BURGER. Sin embargo, el concepto de posición preferente de ciertas libertades fue establecido por OLIVER WENDELL HOLMES, en sus votos disidentes, primero en 1905⁴⁵ y posteriormente en 1919⁴⁶. Este *test* colocaba, por ejemplo, a la libertad de expresión en una posición prioritaria sobre otros derechos, aunque con ciertas limitaciones⁴⁷. Cabe destacar que esta posición desplegaba sus efectos también con respecto a otros derechos fundamentales. Así la libertad de expresión era considerada preeminente incluso sobre otros derechos contenidos en el *Bill of Rights*⁴⁸.

Esta posición preferente fue, a su vez, una de las consecuencias de la ponderación que se reflejó sustancialmente también en otras libertades como la prensa, reunión, asociación o religión⁴⁹. Esta protección se lleva a cabo mediante las garantías que se desprenden de la cláusula del *debido proceso* que entre sus consecuencias estaba la interpretación de manera estricta de las limitaciones a las libertades fundamentales⁵⁰. Aquí de nuevo se tiene que recurrir a la actividad que realiza el intérprete constitucional en el sentido de *sopesar* la interferencia que realiza el legislador a la libertad fundamental, cuya justificación solo se determinará después de aplicar el *compelling test*, que no es otra cosa que aplicar el test de la balanza, en el que el peso específico del derecho juega a favor de este. Esto se traduce, como lo hemos mencionado antes, en un rigor más estricto al análisis de la medida legislativa en términos de *proporcionalidad*⁵¹.

Es evidente que la doctrina de la posición preferencial de ciertas libertades supone una transformación de la normal comprensión de la presunción de constitucionalidad de la ley que hemos estudiado hasta ahora. Esta transformación no

45 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

46 *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

47 Uno de los votos concurrentes más importantes del TS y quizá el más importante sobre la libertad de expresión ha sido el del juez BRANDEIS en *Whitney v. California*, 247, U.S. 357 (1927). Véase también *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943). Posteriormente y de manera categórica en *Kovacs v. Cooper*, 336 U. S. 77 (1949), el juez STANLEY REED señalaba: «The preferred position of freedom of speech in a society that cherishes liberty for all does not require legislators to be insensible to claims by citizens to comfort and convenience».

48 Sobre la preminencia de las libertades de pensamiento y expresión sobre todas las demás del *Bill of Rights* puede destacarse la decisión *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319. (1937).

49 Sobre el tema véase el debate que se generó en EUA en CURRIE, David. «Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1956». En *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1987, pp. 39-79.

50 Así lo contempla KUMM, Mattias. «¿Quién teme a la Constitución total?». En MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp.159-160. Traducción de Carlos Bernal.

51 *Ibidem*, p. 160.

es otra cosa que una modificación sustancial de los elementos y su peso específico en el proceso de control de la ley, llegando a producir un nivel de control de la ley mucho más estricto, obligando al Estado legislador a demostrar la medida que ha tomado, así como que la elección reflejada en la ley es la menos perjudicial del derecho fundamental en juego⁵². Además siguiendo esta misma línea, el juicio de estas leyes debe incluso partir de una *presunción de inconstitucionalidad*⁵³.

Con la regla de la «clear and present danger», el peligro que debía presentarse para que el legislador pudiera limitar un derecho fundamental, debía ser claro y presente, de modo que no cualquier daño o potencial limitación podría ser protegida jurisdiccionalmente con una interpretación favorable⁵⁴. Por tal motivo se puede concluir preliminarmente que esta posición prevalente de ciertos derechos, en concreto aquellos derechos personales, por encima de los derechos patrimoniales por ejemplo, fue una importante herramienta interpretativa en manos de los jueces para poder dar mayor cobertura y protección a aquellos derechos que se consideraban más importantes.

La *preferred position* de la cual gozan ciertos derechos fundamentales constituye una suerte de mayor valor en el sistema en su conjunto. En definitiva, la *posición preferencial* de los derechos fundamentales en su faceta interpretativa es un valor fundamental que es trasladable a la totalidad de países y sistemas jurídicos que se precien de ser democráticos y que en alguna medida hayan también exportado el principio de presunción de constitucionalidad de la ley.

4.2. Rigidez del canon de interpretación y modulación de la presunción de constitucionalidad en materia de igualdad. Minorías y «categorías sospechosas» en el control de constitucionalidad de la ley.

Una de los baluartes que se han sostenido para la defensa de las *minorías vulnerables* y en particular de sus derechos a través de la interpretación es el nexo

52 En esta línea DERMIZAKY, Pablo. «Justicia Constitucional y Democracia». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, p. 215.

53 *Ídem*.

54 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, (1919). Esta regla también le es atribuida a OLIVER WENDELL HOLMES y consistía en que cualquier restricción al derecho fundamental de libertad de expresión sólo podía justificarse cuando ésta expresión pudiera causar un daño o peligro inminente para la sociedad. También debe acudirse a *Thornhill v. Alabama* 310 U.S. 88 (1940), sobre libertad de expresión de unos sindicalistas cuya información difundida en plena vía pública no constituían peligro claro para la sociedad. Véase también TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 841 y ss.

entre *igualdad* y derechos⁵⁵. Esta relación es especialmente importante, pues al margen de que analicemos por separado el valor de la igualdad como elemento modificador del grado o nivel de control constitucional sobre una ley, ahora debemos afirmar su relación con la defensa de los derechos de las minorías vulnerables. En efecto, la garantía del principio general de igualdad es la que permitiría que los grupos, independientemente de ser minoría en una sociedad, no vean sus derechos vulnerados. Así, el discurso sobre la presunción de constitucionalidad de la ley basada en una confianza casi ciega al legislador contiene importantes críticas. Estas críticas han sido recobradas por varios autores⁵⁶ que se han hecho eco a su vez de doctrinas de corte *procedimentalista*⁵⁷, donde, operar con cierta presunción de constitucionalidad de la ley, cuando esta atañe a los grupos vulnerables políticamente, juega un papel peligroso para la sociedad. Este riesgo es debido a que estos grupos no han podido participar en el proceso de elaboración de la ley, cuyo contenido puede dañarles en sus derechos.

Se puede decir que buena parte de la influencia de una protección de las minorías a través de la interpretación constitucional tiene de nuevo su origen en EUA⁵⁸, específicamente en la *equal protection clause*⁵⁹. Ahí es donde se ha acuñado la expresión «categorías sospechosas» de inconstitucionalidad lo que se traduce en un nivel de control estricto sobre tales leyes⁶⁰. Esta jurisprudencia se desarrolló en el marco de una protección de minorías raciales o de otra índole que constituían los

55 Sobre esto véase FERRAJOLI, Luigi. «Sobre los derechos fundamentales». En *Cuestiones Constitucionales*. Número 15, Julio-Diciembre 2006, pp. 118 y ss.

56 Entre ellos fundamentalmente FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional... ob. cit.*,

57 Por ejemplo de ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1980. 268 p. y «Toward a representation-reinforcing mode of judicial review». En *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, pp. 451 y ss. Ely defiende una concepción de la Constitución de corte *procedimentalista* que haría lógica una lectura de ésta de manera procedimental (o eminentemente procedimental). Una visión a la que se opondrían otras como la de carácter moral que se ha defendido por ejemplo con respecto a la Constitución de los EUA (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 427 p.)

58 El *leading case* en la materia es la sentencia del Tribunal Supremo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Para una visión global sobre el desarrollo de la misma es conveniente acudir a ACKERMAN, Bruce. «Beyond Carolene Products». En *Harvard Law Review*, núm. 4, vol. 98, 1985, pp. 713 – 746.

59 Véase con amplitud sobre esta doctrina y su aplicación TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 1436-1672.

60 El término de «categorías sospechosas» fue acuñado en la jurisprudencia norteamericana del Tribunal Supremo, principalmente después de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), también acogida por la doctrina más autorizada (TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 1465 y ss., entre muchos otros). Dentro de las categorías sospechosas podrían encontrarse por ejemplo aquellos grupos identificados por la raza, etnia, nacionalidad, tipo de filiación (hijo extramatrimonial) o el género.

grupos sociales que compartían alguna característica común. Sobre estos grupos sociales estaba expresamente prohibido hacer alguna distinción injustificada con respecto a los miembros de otros grupos o de la sociedad en general.

No vamos a entrar aquí a desarrollar la historia ni las complejas circunstancias que motivaron esta protección constitucional⁶¹, lo único que queremos destacar en este apartado, es la especial protección de que ciertos grupos han sido objeto, aunque ello suponga en ocasiones ir en contra de la normal presunción de constitucionalidad de la ley⁶². Tampoco pretendemos aquí realizar un estudio sobre cada una de las clasificaciones que pueden catalogarse como «sospechosas» de discriminación, pues eso sería un estudio mucho más profundo. En lugar de ello, se trata de evidenciar de manera gráfica cual es la posible modificación o matización en la intensidad de la presunción de constitucionalidad de la ley cuando se trata de estas categorías.

Una de las consecuencias prácticas en la modificación de la presunción de constitucionalidad de la ley es expresada por la mayor exigencia de que el legislador justifique una diferencia hecha en función de una de las categorías que expresa o tácitamente se desprenden de la Constitución. Ahora bien, no es tema cerrado ni siquiera una afirmación categórica sin lugar a dudas o debate, el defender esta diferente concepción de la presunción de constitucionalidad. Esta complejidad viene del reconocimiento de que el poder Legislativo tiene especial poder derivado de su legitimidad democrática para establecer ciertas diferenciaciones de grupos en atención a factores políticos y de conveniencia social y ello es precisamente lo que le proporciona argumentos para sostener una presunción de validez y constitucionalidad a tales leyes al controlarlas. No obstante ello, también es verdad que tales diferenciaciones pueden -y así lo han hecho en muchos pasajes de la historia-, responder a prejuicios o estereotipos que bajo la sombra de conveniencia social o política puedan afectar indiscriminadamente a grupos vulnerables, excluyendo categorías enteras de personas del goce de todo

61 Un buen resumen del origen de esta protección fuerte de las minorías por parte del Tribunal Supremo en EUA puede encontrarse en COVER, Robert. «The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities». En *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1287-1316.

62 Una argumentación muy sólida sobre los intereses de grupos, generalmente minoritarios, que sugieren un control más estricto por parte del juez constitucional se puede encontrar en ZEPPOS, Nicholas. «Deference to political decisionmakers and the preferred scope of the judicial review». En *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 88, núm. 1, pp. 296- 371. El autor hace una defensa de un control más estricto dando razones sustanciales para ello. Se hace además un intenso estudio de la regla de la deferencia judicial sostenida por Thayer y sus implicaciones en la esfera de actuación de grupos minoritarios, concluyendo una incompatibilidad, al menos desde la práctica jurisprudencia de la Suprema Corte (*Ibidem*, p. 332).

tipo de derechos, incluso los más elementales para llevar una vida digna⁶³.

Las consideraciones anteriores se enmarcan en términos generales en un constitucionalismo moderno que da soporte teórico también a una reconstrucción evolutiva del concepto de discriminación, sobre todo cuando existen minorías involucradas. Se ha transformado la fase en la cual se consideraba solo como grave y flagrante discriminación, la producida por el elemento subjetivo especialmente dañino. Ahora se considera muy atentamente el elemento objetivo de excluir un grupo específico de sus derechos o incluso de ciertos beneficios solo por el hecho de pertenecer a un grupo concreto.

Esta re conceptualización se traduce por lo menos en tres efectos muy particulares en la práctica, algunos de los cuales ya hemos mencionado más arriba. Por un lado, amplía la protección antidiscriminatoria; por otro, surge la exigencia de que los poderes públicos y muy especialmente el legislador, consideren, mucho más en serio su potestad de establecer regulaciones legales que puedan contener alguna de estas categorías sospechosas y; finalmente, amplía la potestad del órgano de control constitucional de la ley, obligando con ello a la doctrina y a la jurisprudencia a reconsiderar teorías y principios tan arraigados como la presunción de constitucionalidad de la ley para sostener en algunos casos un poder, incluso a veces una obligación, de realizar un juicio mucho más estricto de constitucionalidad

Sobre la base de la doctrina expuesta, el estándar de revisión cualificado que se aplica a las clasificaciones basadas en las categorías sospechosas que hemos visto antes, se hace especialmente importante, pues debe contribuir a evitar que se propaguen situaciones de estigmatización social. Aspectos sociales tan importantes como el desprecio, el rechazo o la minusvaloración son la base de que posteriormente la mayoría, que supuestamente toma las decisiones a través de sus representantes, vulneren derechos de los grupos minoritarios.

No se puede afirmar categóricamente que en términos de prueba se revierta la carga para declarar una ley inconstitucional, pero con toda seguridad si hay una modificación sustancial en el nivel de escrutinio hacia la ley por parte del juez constitucional. Se trata de una variación en los sujetos obligados en la argumentación para lograr el fin buscado. Esto se puede ver por ejemplo en la jurisprudencia relativa a la prohibición de la discriminación racial. En este tipo de

63 La historia arroja los casos más representativos de este género de problemas, en concreto los relacionados con las exclusiones espurias sobre la base de raza, religión, género o discapacidad.

discriminación se establece un requisito mucho mayor y estricto de racionalidad y de soporte a la ley para salir adelante ante un juicio de constitucionalidad. En el específico contexto histórico de los EUA se encuentra la exigencia de un rigor de racionalidad de la ley cuando establece diferenciaciones en función de la raza, rigor que no se muestra con la misma intensidad que en el supuesto de una diferenciación con justificaciones en otras razones.

4.3. Reivindicación de la presunción de constitucionalidad de la ley

Después de un cambio trascendental en la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos descrito en el epígrafe anterior sobre la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley, surgió una reivindicación dirigida por varios de sus eminentes presidentes. Este impulso teórico producto de una gran experiencia práctica llevo a CHARLES EVANS HUGHES a sostener un cualificado principio de deferencia legislativa que incluía esta presunción a favor de la ley⁶⁴. La teoría de la deferencia hacia el legislador de HUGHES es muy amplia pero en lo que aquí interesa algunos de los postulados que mejor describirían la relación entre la deferencia y la presunción a favor del Legislador serían los siguientes: en primer lugar, solo es aceptable el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley cuando sea presentada tal duda en un caso concreto, evitando con ello pronunciamientos generales que puedan afectar otras disposiciones. En segundo lugar, y cuando ya sea sometido tal problema concreto, evitar en la mayor medida posible el pronunciamiento sobre cuestiones políticas⁶⁵. En tercer lugar, pronunciarse cuando la cuestión de constitucionalidad sea inevitable, es decir, se tenga que resolver sobre la misma, y en todo caso cuando exista la posibilidad de encontrar una interpretación de la ley controlada que sea constitucional, se optará por esta⁶⁶.

Ya en la parte final del Siglo XX el reflejo práctico de la presunción de constitucionalidad de la ley en la *judicial review* seguía siendo latente manifestándose en una deferencia general hacia el legislador que en nada cambiaba de la inicial presunción explicada al principio de este trabajo. Así en una buena parte de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se detectaba por ejemplo una inclinación a reforzar la presunción de constitucionalidad de la ley cuando se trataba de leyes que afectaban por ejemplo la cláusula de no delegación o *doctrine of*

64 HUGHES, Charles Evan. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 46 -55, versión española de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

65 *Ídem*.

66 *Ídem*.

*nondelegation*⁶⁷, entre otras.

Un ejemplo de esta deferencia se veía en un rechazo por parte de los tribunales cuando realizaban el control de la ley a aceptar que « [...] el Congreso intentó infringir las libertades constitucionales o usurpar poderes no conferidos constitucionalmente»⁶⁸. Esta presunción a favor del Legislador a la hora de controlar la ley era reconocida por la doctrina admitiendo la utilización por parte de la Corte Suprema de este principio interpretativo⁶⁹.

Últimamente en los casos *Baze v. Rees*⁷⁰ y *Crawford v. Marion County Election Board*⁷¹, la Corte Suprema no encontró evidencia suficiente para declarar inconstitucionales las leyes sometidas a control. Estas decisiones son un ejemplo de que pese a que puedan existir ciertas dudas de que el acto o ley pueda ser inconstitucional, estas leyes no deben ser declaradas inconstitucionales a menos que exista una certeza incontrovertible de su contrariedad con la Constitución. No obstante, no se cierra del todo la posibilidad de que en el futuro, nuevos y más fuertes argumentos puedan provocar un convencimiento en los jueces acerca de la inconstitucionalidad de la ley.

En muchas ocasiones en la jurisprudencia de la Corte Suprema no se expresa

67 *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980).

68 *Edward J. DeBartolo Corp. V Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U. S. 575 (1988). Traducción propia. Esta sentencia ha sido algo criticada por parte de la doctrina al considerar que se deposita demasiada confianza en el Congreso y que bajo un análisis de la temprana legislación puede llegar a demostrar aspectos sobre la forma de creación de las leyes y su pretendida constitucionalidad (por ejemplo ver HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally?... ob. cit.», pp. 1811-1812).

69 «The Court frequently employs a presumption that congress legislate constitutionally» (*Ibidem*, pp. 1799).

70 553 U.S. 35 (2008). En este caso se analizaba, después de mucho tiempo de jurisprudencia en EUA, la constitucionalidad del método que hasta hoy utilizan 36 estados para producir la muerte en sentencias capitales. La posible inconstitucionalidad se reclamaba por contradecir la enmienda 8 de la Constitución que prohíbe los tratos crueles e inhumanos.

71 553 U.S. 181 (2008). En este caso se reclamaba la inconstitucionalidad de las leyes electorales de Indiana que requerían que para poder votar en las urnas era necesario mostrar una identificación con fotografía. Pese a que en el asunto se pedía que se aplicase un escrutinio estricto a las leyes electorales por su posible efecto en el electorado y en la democracia en sí misma, finalmente la Corte declaró que no había contradicción. En el voto concurrente del justice SCALIA se pedía una deferencia hacia las legislaturas de los Estados afirmando que: «It is for state legislatures to weigh the costs and benefits of possible changes to their election codes, and their judgment must prevail unless it imposes a severe and unjustified overall burden upon the right to vote, or is intended to disadvantage a particular class». La postura del juez Scalia se puede encontrar en SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law* Princeton: Princeton University press, 1997, 159 p.

de manera literal la presunción de constitucionalidad al analizar la ley. En efecto, la presunción por su propia naturaleza tácita, es una forma de abordar el análisis de la ley partiendo de ciertas premisas en las que la ley es constitucional como punto de partida del juicio constitucional, lo que puede reflejar un grado bastante elevado de deferencia judicial hacia la voluntad del legislador⁷².

En suma y pese a las matizaciones que se puedan hacer al principio de presunción de constitucionalidad de la ley, ya sea por la doctrina o en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, este está suficientemente aceptado en la doctrina constitucional de los EUA. Así por ejemplo CORWIN escribía: «[...] hoy de cualquier modo, existe una máxima de Derecho Constitucional consistente en que de dos posibles interpretaciones de una ley, donde una está en armonía con la Constitución y la otra esta en contraste, debe ser preferida la primera»⁷³. Y en el mismo sentido puede entenderse la afirmación de que «si el lenguaje de una ley no es claro, y la Corte presume que el Congreso intentó legislar constitucionalmente, entonces la consecuencia lógica es que la Corte debería elegir la interpretación de la ley que es constitucional»⁷⁴.

Las dos transcripciones anteriores ofrecen, sin embargo, dos escenarios distintos. El primero es la existencia de dos o más interpretaciones posibles de una disposición legal, de la cual se prefiera la que este en armonía con la Constitución. En el segundo no se infiere la pre existencia de las dos posibles interpretaciones, sino simplemente se destaca la falta de claridad en el texto interpretado, lo que motiva sin duda la injerencia de la discrecionalidad judicial y la inclusión de los principios de interpretación hermenéuticos que, según la cita textual antes referida, deben desencadenar en la elección de la interpretación que considere a la ley constitucionalmente legítima.

72 Sobre esto véase HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 6, 2003, pp. 1802-1803 y la jurisprudencia ahí citada.

73 «[...] today at any rate, well known maxim of constitutional law that of two possible interpretation of a statute, the one harmonious with the Constitution, the other at variance with it the former must be preferred» Traducción propia (CORWIN, Edward. *The Doctrine of Judicial Review: its legal and historical basis and other essays*. Massachusetts: Peter Smith, 1914. Reimpreso en 1963, p. 9).

74 «If the statutory language is not clear, and the court presumes that Congress intended to legislate constitutionally, then it follows logically that the Court should choose the interpretation of the statute that is constitutionally sound». Traducción propia (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116 núm. 6, 2003, p. 1801.)

Así, durante mucho tiempo en EUA se ha concebido que la presunción de constitucionalidad de la ley deba prevalecer en el desarrollo del control judicial. Dentro del esquema de la función interpretativa, los jueces constitucionales deben asumir que existe una democracia constitucional y para que esta persista como tal, deben permitir que la mayoría gobierne, también cuando lo hace mal, limitando su intervención a los casos de vulneración flagrante de los derechos o a infracciones que amenazan la integridad del proceso político. Aquí cabe señalar que se trata de «vulneración flagrante» no cualquier afectación que puede o no estar justificada según las circunstancias del caso concreto, así como una «amenaza grave», importante y trascendente para poder llegar a la conclusión de que la ley es contraria a la Constitución. Bajo este contexto, un importante sustrato de deferencia que deben mostrar los jueces en la interpretación de las leyes antes de invalidarlas es defendido con el argumento de que la toma de decisiones democráticas es ya un verdadero «principio del constitucionalismo contemporáneo»⁷⁵ y en ese sentido un pilar de las modernas democracias constitucionales.

La concepción y construcción doctrinal de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial que hemos descrito en los párrafos anteriores está fuertemente arraigada en la cultura jurídica norteamericana. Un ejemplo de ello son las afirmaciones que en abril de 2012 hizo el actual presidente de los EUA Barak Obama, sobre la actuación de la Suprema Corte, previo al análisis y juicio definitivo de la *Patient Protection and Affordable Care Act*⁷⁶. En una conferencia de prensa en abril de 2012 el presidente afirmaba que: «por años hemos escuchado que el más grande problema sobre el poder judicial ha sido el activismo judicial y la falta de auto-restricción de un grupo de jueces no elegidos democráticamente podrían en algún momento anular una ley aprobada como constitucional»⁷⁷. En la misma conferencia de prensa más adelante llego a decir

75 WEBBER, Jeremy. «Democracy Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch... ob. cit.* pp. 422 y ss. El autor como muchos otros no niega la esencial labor de los tribunales con la *judicial review*, sin embargo es evidente que el protagonismo no debe recaer en ellos, máxime si el asunto es complejo o controvertido políticamente.

76 La constitucionalidad de la conocida como *Obamacare* se resolvió finalmente apenas en junio del 2012 y como es bastante conocido, dicha ley era compleja y dudosa desde la perspectiva de su constitucionalidad, lo que llevo a la Corte a tener que analizarla, sin mencionar todo el trasfondo político en el que se desarrolló. Aquí se puede leer el texto completo de la sentencia: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>. Consultado 31 de octubre de 2012.

77 La transcripción literal sería: «For years, what we've heard is the biggest problem on the bench was judicial activism or the lack of judicial restraint, that an unelected group of people would somehow overturn a duly constituted and passed law» (<http://dailycapitalist.com/2012/04/03/obama-threatens-su>

que está bastante seguro de que la Corte Suprema no declarara inconstitucional la ley en cuestión, con lo cual mandaba un mensaje claro, políticamente hablando, a los jueces sobre el sentido que se pretendía en la sentencia. Independientemente de las reflexiones que suponga, una aseveración como la anterior, desde el punto de vista de la separación de poderes y de las presiones políticas a los jueces constitucionales, lo importante aquí es recordar como en pleno 2012 la presunción de constitucionalidad de la ley o al menos una determinada concepción de esta, se encuentra en pleno núcleo del quehacer del control judicial desde la perspectiva del Derecho constitucional.

5. Algunas reflexiones finales

En términos generales las críticas a la *judicial review* llevaban con frecuencia a defender la presunción de constitucionalidad con argumentos siempre de desconfianza hacia el poder judicial. El núcleo esencial de la presunción de constitucionalidad era la autolimitación del juez, algo que se demuestra con algunas opiniones que reflejan siempre un temor por la posibilidad de que el juez sustituya la voluntad del pueblo expresada a través de los legítimos representantes.

La cuestión que queda por abordar y que es, con justificada razón, uno de los aspectos nucleares de la justicia constitucional, es el alcance concreto que se le debe dar a la presunción de constitucionalidad de la ley. En un primer escenario, se podría vislumbrar que una concepción de la presunción de constitucionalidad fuerte de la ley podría derivar en una reducción de la virtualidad de la propia *judicial review*⁷⁸; mientras que del otro lado, si no se concibe la presunción de constitucionalidad de la ley en términos fuertes o se reduce esta hasta intentar, incluso que desaparezca, volverían a resonar, las siempre latentes críticas (desde el punto de vista democrático) a la *judicial review*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que concebir una supremacía judicial no quiere decir lo mismo que una hegemonía judicial, es decir, el hecho de que exista una fuerte actividad del tribunal a la hora de controlar la ley constitucionalmente, no indica que no hay participación del Legislador, o que esta se relega a un segundo plano sin importancia. Es más, el legislador sigue teniendo una importancia elevada incluso para dar cierta respuesta a una conducta generalizada del tribunal, en concreto a un ejercicio de la *judicial review* de manera insoportable. Es verdad que el Congreso de los EUA quizá no

preme-court/). En línea. Consultado viernes 14 de abril de 2012.

⁷⁸ Así lo pensaba ya por ejemplo BLACK, Charles. *Perspectives in Constitutional Law*. New Jersey: Prentice-Hall, 1963, p. 4.

ha utilizado tales posibilidades con frecuencia, sin embargo y en definitiva la fuerza final de los tribunales quizá se vea fortalecida por la acción del Legislador que consolida un constitucionalismo fuerte⁷⁹.

Como se puede desprender de las notas aquí expuestas someramente, la presunción de constitucionalidad de la ley está íntimamente ligada al debate sobre el control judicial de la ley y el problema de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. En la misma medida la presunción de constitucionalidad de la ley se verá transformada y modificada según lo sea también el control judicial de la ley. Es un dilema, quizá aún en la moderna teoría de la *judicial review* insalvable. No obstante es precisamente ese debate el que genera las innumerables vertientes que ha tomado tanto la justificación como las críticas al control de la ley por los jueces constitucionales. En estos términos se vuelve más relevante el estudio del alcance de la presunción de constitucionalidad de la ley y su justificación en la actualidad.

⁷⁹ Véase FARBER, Daniel. «Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Supremacy». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch... ob. cit.*, pp. 431-451, especialmente 434-448).

Bibliografía Utilizada

ACKERMAN, Bruce. «Beyond Carolene Products». En *Harvard Law Review*, núm. 4, vol. 98, 1985, pp. 713 – 746.

COVER, Robert. «The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities». En *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1287-1316.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México D.F: Fontamara, 2008, 127 p.

HALL, Kermit; HALL, Mark David (eds.). *Collected Works of James Wilson*, 2 vols. Indianapolis: Liberty Fund Press, 2007, 1262 p.

HALL, Mark David. «Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson». En *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*. núm. 26, 2009, pp. 1-14.

FERRAND, Max (ed.). *The Records of the Federal Conventions of 1787*. Volumen 2. New Haven: Yale University Press, 1911, p. 78. Disponible en Línea: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1786&Itemid=99999999. Consultado 10 de octubre de 2012.

OLKEN, Samuel. «Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History». En *The John Marshall Law Review*, vol. 33, 2003, p 743 y ss.

NEWMYER, Kent. *John Marshal and the Heroic age of the Supreme Court*. Louisiana: University Press, 2002, 552 p.

BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 585 p.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [*Notes*]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, 2003, vol. 116 abril núm. 6, pp. 1798 – 1829.

THAYER, James Bradley. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, octubre, 1893, pp. 129 -156.

_____. *A preliminary Tratise on Evidence at the Common Law*. Boston: University of Michigan Library, 1898, 660 p.

GABIN, Sanford. «Judicial Review, James Bradley Thayer and the reasonable doubt test». En *Hastings Constitutional Law Quaterly*, vol. 3, 1976, pp. 961 – 1014.

DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. Madrid: Dykinson, 1997, 307 p.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. «Presumptions and Burdens of Proof». *EUI Working Papers Law*, núm. 2006/36, 15 p.

ROSS, William G. «Obama's Comments and Challenges to Judicial Review». En *JURIST - Forum*, abril, 11, 2012, <http://jurist.org/forum/2012/04/william-ross-judicial-review.php>. Consultado viernes 13 de abril de 2012.

SCHAUER, Frederick. «Ashwander Revisited». En *The Supreme Court Review*. 1995, pp. 71-98.

PERRY, Michael «The Constitution, the courts, and the Question of Minimalism». En *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993, pp. 84-164.

CURRIE, David. «Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1956». En *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1987, pp. 39-79.

KUMM, Mattias. «¿Quién teme a la Constitución total?». En MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp.159-160.

DERMIZAKY, Pablo. «Justicia Constitucional y Democracia». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, p. 215.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge – Massachusets: Harvard University Press, 1980. 268 p.

_____. «Toward a representation-reinforcing mode of judicial review». En *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, pp. 451 y ss.

PÉREZ TREMPES, Pablo. «La interpretación de los derechos fundamentales». LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.). *Estudios de Derecho constitucional*. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2001, pp. 119-133.

ZEPPOS, Nicholas. «Deference to political decisionmakers and the preferred scope of the judicial review». En *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 88, núm. 1, pp. 296- 371.

UROFSKY, Melvin. *The Warren Court: justices, rulings, and legacy*. Santa Bárbara: Abc-Clio, 2001, 356 p.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, 515 p.

HUGHES, Charles Evan. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, 244 p. Versión española de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

CORWIN, Edward. *The Doctrine of Judicial Review*. Massachusetts: Peter Smith, 1914, reimpresso en 1963, 117 p.

WEBBER, Jeremy. «Democracy Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 411-430.

BLACK, Charles. *Perspectives in Constitutional Law*. New Jersey: Prentice-Hall, 1963, 122 p.

FARBER, Daniel. «Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Supremacy». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.).