

Rodrigo Brito Melgarejo

II. EL CONTROL SOBRE LEYES Y DISPOSICIONES NORMATIVAS CON RANGO DE LEY

Dentro de los procesos constitucionales, el control de regularidad de actos con rango de ley tiene una gran importancia en el Estado constitucional, ya que dicho proceso configura en buena medida la dimensión material del control jurisdiccional

La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos

de constitucionalidad. Este tipo de control ocupa un lugar preponderante tanto desde el punto de vista teórico como histórico y, a través de él, los Estados pueden examinar la adecuación a un parámetro de regularidad constitucional de las leyes y de ciertas disposiciones normativas con rango de ley,¹ lo que ayuda a construir un orden jurídico que se adecue al marco constitucional y a los derechos que éste protege. De este modo, si tras el examen que este control implica, el órgano controlante llega a la conclusión de que la ley o la disposición fiscalizada es contraria a lo establecido en la Constitución, negará su validez.²

El control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley puede asumir formas diversas de acuerdo con la caracterización técnica que se le dé al proceso de que se trate.³ Sin embargo, es posible hacer una distinción fundamental en la forma en que se llevan a cabo estos procesos de control al clasificarlos como abstractos y concretos. Esta tipología surge en la doctrina alemana con el

¹ Es decir, de disposiciones que tienen las mismas características que la ley: abstracción, impersonalidad, generalidad y aplicación permanente (las ordenanzas y otro tipo de disposiciones normativas que, a diferencia de las leyes, tienen duración limitada, entran en este rubro cuando tienen fuerza de ley en los términos de la Constitución y de la legislación respectiva).

² Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2a. ed. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 72-73.

³ Se puede hablar, por ejemplo, de controles directos (en los que la pretensión es la impugnación de la ley que se piensa es inconstitucional) o indirectos (cuando la pretensión es distinta, pero se puede llegar a una declaración de inconstitucionalidad); en vía principal (en los que el juicio implica la propia inconstitucionalidad) y en vía incidental (aquellos en que la inconstitucionalidad se controvierte, desde el punto de vista procesal, como un incidente al existir un juicio principal diverso); o subjetivos (en los que se defiende un interés particular) y objetivos (aquellos en los que se busca defender el interés general).

fin de contraponer dos procesos distintos para el control de constitucionalidad: *a)* el que se lleva a cabo, por regla general, a instancias de ciertos órganos políticos y al margen de los casos concretos y de la aplicación que haya podido tener una ley (que en ocasiones ni siquiera ha sido aplicada), y *b)* aquel que ejerce el órgano de control a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley o disposición normativa sobre cuya constitucionalidad se plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al órgano de control.⁴ Al primero de estos procesos, por tanto, se le conoce como abstracto, mientras que al segundo se le ha calificado como concreto.

Los procesos de control del primer tipo reciben el adjetivo de abstractos porque, en teoría, las autoridades políticas competentes para incoarlos deben defender no un interés particular, sino el interés general garantizando la supremacía del texto constitucional, es decir, con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y limitándose a resolver una discrepancia abstracta sobre la conformidad o disconformidad de un texto legal con la Constitución.⁵ Los procesos de

⁴ Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 79.

⁵ Miguel Carbonell, al referirse a los mecanismos de control abstracto, señala que éstos son procesos para cuya instauración no se requiere de la existencia de un agravio concreto, sino que se somete a la consideración del órgano de control una posible inconstitucionalidad normativa, aunque de ella no derive un perjuicio concreto para la parte que está ejerciendo la acción. Véase Miguel Carbonell, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 646.

La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos

control abstractos son directos (por lo que se sustancian en vía principal) y objetivos.

Si bien existen países en donde los procesos abstractos de control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley pueden ser comenzados a través de la acción popular⁶ o por personas que tengan un interés legítimo en el análisis de la conformidad con la Constitución de estos textos legislativos (como sucede en Austria o Bélgica),⁷ lo cierto es que generalmente se legitima activamente para entablar estos procesos a órganos públicos y políticos,⁸

⁶ Esto ocurría, por ejemplo, en el caso de Hungría.

⁷ Fernández Rodríguez señala al respecto que: “Como importante excepción a esta restricción en la legitimación en los procesos abstractos y objetivos hay diversos casos que prevén una acción popular, es decir, una legitimación a favor de toda persona para denunciar directamente la inconstitucionalidad de una ley. La acción que se incoo sigue siendo objetiva porque se entiende que el particular actúa en interés del buen funcionamiento del Estado. Así, en Austria, desde 1975 (para leyes que violan derechos de los ciudadanos que las impugnán), y en Bélgica, desde 1988, encontramos una previsión de este tipo. En Europa del Este tenemos a [...] Eslovenia, en donde se habla de cualquiera con interés legítimo [...] También en Montenegro y en Serbia se legitima a todos. Esta apertura a los particulares choca con la característica indicada de la restricción de legitimación, además de acentuar el peligro de que el órgano se vea saturado (saturación que, incluso, está presente en Tribunales Constitucionales que carecen de tan amplia legitimación). Véase J. J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, n. 2, p. 104. Sin embargo, y a pesar de que Fernández Rodríguez defiende el carácter objetivo de este tipo de procesos, parte de la doctrina que señala que quizá podría decirse con mayor realismo que el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad en casos como el de Hungría se aproxima funcionalmente a un control normativo concreto, aunque atípico. Y refiere que podría hablarse de concreción con mayor realismo porque parece difícilmente evitable que, en estos casos, no juegue un papel de cierta relevancia la “dialéctica del caso concreto”, véase J. Brage Camazano, *op. cit.*, n. 4, p. 82.

⁸ Por ejemplo, en los países europeos, algunos de los órganos legitimados en los diversos sistemas de control son: el presidente de la República; un grupo de diputados; un grupo de senadores; el Parlamento; el presidente del Senado; el Gobierno o el Consejo de Ministros; el presidente del Gobierno o primer ministro; el ministro de Justicia; los órganos estatales; el Gobierno regional; las Cámaras regionales o los órganos de los territorios autónomos y de los autogobiernos

Rodrigo Brito Melgarejo

pues se piensa que éstos actuarán en defensa objetiva de la constitución, en interés de ella y su primacía. Ejemplos sobre esta concepción en la práctica de los órganos de control pueden encontrarse en el Tribunal constitucional alemán, que afirmó que estos procesos no son de contienda o contradictorios entre partes, sino unilaterales y sin partes, ya que no hay litigio en sentido estricto. Asimismo, el Tribunal constitucional portugués ha negado legitimación incluso a los órganos, en principio constitucionalmente legitimados para incoar un proceso de control abstracto, en aquellos casos en que estos órganos se limitan a remitir al tribunal las peticiones que les son dirigidas por particulares, funcionando así como simples puentes entre éstos y aquél.⁹

Por su parte, de la tesis P./J. 129/99 de la Suprema Corte de Justicia de México, se advierte que este órgano de control, al interpretar la fracción II del artículo 105 constitucional ha determinado el carácter objetivo del proceso de control abstracto al señalar que en la acción de inconstitucionalidad la denuncia no se hace para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar la norma impugnada o su aplicación, sino para defender el principio de supremacía constitucional, ya que los efectos de la sentencia no afectan a las partes, sino a la ley impugnada y a quienes va dirigida.¹⁰

locales; el presidente del Tribunal Supremo; el Tribunal Supremo; el *Ombudsman*, y representantes de sindicatos, por mencionar algunos casos. Respecto de un panorama sobre este punto que no sólo contemple el ámbito europeo véase también Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*. Turín, Giappichelli, 2007, pp. 125-131.

⁹ Véase J. Brage Camazano, *op. cit.*, n. 4, p. 82.

¹⁰ Sobre las características de la acción de inconstitucionalidad como proceso de control de constitucionalidad abstracto en México véase Humberto Suárez

La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos

En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal constitucional español que, al resolver un recurso de inconstitucionalidad, en su sentencia 42/1985 señaló que:

La facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión de otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que está investida.

Ahora bien, en países como Alemania, Italia, Portugal, Austria, Colombia o España, por mencionar sólo algunos casos, se admite por parte de la doctrina que los órganos de control han cumplido también a través de este tipo de mecanismos con un papel de integración social y política, así como de neutralización de los conflictos políticos.¹¹ Es

Camacho, *El sistema de control constitucional en México*. México, Porrúa, 2007, p. 351.

¹¹ En Alemania, por ejemplo, Schneider señala que las sentencias del órgano de control “se basan en las normas legales vigentes ya que su campo de acción está dado por el orden constitucional de la ley fundamental. Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte juzga de acuerdo con intereses al balancear antítesis políticas, aunar fuerzas opuestas y conciliar opiniones contrarias en el terreno constitucional. Visto así, da la impresión de que la Corte actúa a menudo como ‘conciliador’ o ‘arbitrador’ en batallas de opinión política y llega a sentencias en las que incluso, en algunos puntos, la parte derrotada puede sentirse en parte como

verdad que para ello los órganos de control no sólo se han valido de los procesos abstractos, sino también de otras vías procesales; pero es indiscutible que, si la abstracción de los procesos de control ha podido implicar dificultades derivadas de situaciones políticas en algunos casos, ha sido al mismo tiempo una vía para solucionar conflictos políticos —patentes o permanentemente latentes—, de gran profundidad, conflictos que de otra manera habrían permanecido sin solución posible en muchos casos y, lo que es más grave, sin que el sistema ofreciese ninguna válvula de escape, con el gran riesgo que ello puede significar.¹² Por lo tanto, los beneficios que ofrecen estos procesos son importantes y, aunque en la práctica los riesgos de politización son evidentes, también es necesario decir que en el buen uso de estos procesos juega un papel fundamental la actuación de las autoridades legitimadas para iniciarlos, pues en ellas recae la responsabilidad de no demeritar las bondades de los procesos abstractos y restarles legitimidad como consecuencia de su mal uso.

Otro aspecto que es muy importante analizar es el momento en que los procesos de control abstracto pueden presentarse. En una parte minoritaria de los países en los que existe este tipo de control, los procesos se dan después de la aprobación de la ley o de la disposición normativa, pero antes de su promulgación o publicación.¹³ Este tipo de procesos,

un ganador y la parte exitosa como un perdedor". Véase Hans-Peter Schneider, "El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política", *Revista Vasca de Administración Pública*. Oñati, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991, p. 103.

¹² J. Brage Camazano, *op. cit.*, n. 4, p. 90.

¹³ A pesar de que ésta es la regla general en el control *a priori*, existen excepciones en que el control se da incluso no sólo sobre leyes aprobadas, sino también para

La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos

que se han calificado como de control *a priori*, encuentran su justificación en la conveniencia de expulsar del ordenamiento los textos legislativos que sean contrarios a la Constitución antes de que puedan ocasionar perjuicio a los destinatarios de la norma inconstitucional o a sus derechos; sin embargo, como ya se ha dicho, su naturaleza suscita dudas acerca del carácter jurisdiccional de estas actividades ejercidas por el órgano de control al no producirse, en el momento de determinar la conformidad de una ley (o, si se quiere, de un proyecto de ley) con la Constitución, una verdadera contradicción. El caso paradigmático de este tipo de control es el sistema francés, aunque existen otros países en los que los procesos de control preventivo coexisten con el control *a posteriori* o se presentan con diferentes matices.¹⁴

Por su parte, el control *a posteriori* se presenta en la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad y tiene lugar después de la entrada en vigor de la norma fiscalizada. Este tipo de control permite superar los inconvenientes de

controlar la constitucionalidad de proyectos o proposiciones de ley, como ocurre en Hungría.

¹⁴ Fernández Rodríguez enuncia algunos ejemplos cuando indica que se pueden “citar otros países en los que, en uno u otro sentido, hay procedimiento preventivo, como Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia, Portugal y Rumania. En estos últimos, a excepción de Irlanda, el control preventivo coexiste con uno *a posteriori*, aunque para el caso chipriota éste sólo procede contra leyes que discriminen a una de las dos comunidades (griega y turca). No obstante, existen diferencias entre los casos citados dado que, por ejemplo, en Alemania el control previo afecta a las leyes de aprobación de un tratado y al supuesto de la negativa del presidente de la República a promulgar una ley, negativa que es impugnada ante el Tribunal Constitucional, el cual tendrá que examinar la validez de dicha ley antes del estudio del rechazo a la promulgación. En Austria tiene por objeto únicamente averiguar si el proyecto de ley (o de reglamento) entra en la competencia de la Federación o de los *Länder*. En Italia afecta a las leyes regionales”. Véase J. J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, n. 2, p. 77.

Rodrigo Brito Melgarejo

los procesos de control preventivo y operar sobre una ley ya en vigor ajustándola al momento histórico en que se produce el control. Pero a pesar de ello, la virtualidad de estos procesos está supeditada a la existencia o inexistencia de un plazo de interposición y, en el primer caso, a su duración.¹⁵ El conflicto se presenta aquí entre seguridad jurídica y funcionalidad de los procesos abstractos de constitucionalidad. Si el plazo es muy largo o no existe, esta situación puede actuar en demérito de la certeza de las leyes o disposiciones generales que conforman el orden normativo de un Estado; sin embargo, si existen plazos demasiado cortos para la interposición de un recurso con el que se iniciarán procesos de control abstractos, la eficacia de los medios de control puede ponerse en entredicho, pues en muchas ocasiones la inconstitucionalidad sólo se manifiesta o es conocida por las autoridades después de cierto tiempo en que la ley o la disposición normativa ha entrado en vigor.

Una cuestión más que debe tratarse con relación a los procesos de control abstractos es que la ley o disposición normativa puede ser impugnada total o parcialmente, lo que implica que, en el primer caso, la resolución que declara la inconstitucionalidad del acto impugnado alcanzará a todo el cuerpo normativo, mientras que en el segundo sólo a una parte de él, pudiendo aplicarse la parte no impugnada siempre y cuando esto sea posible, de acuerdo con la resolución del órgano de control. Esto significa que si la sentencia anula normas de cuya aplicación depende la de otra u otras, éstas

¹⁵ *Ibid.*, pp. 77-78.

La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos

no podrán aplicarse aun cuando no hayan sido expresamente anuladas por el órgano controlante.¹⁶