

LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA EN EUROPA Y SUDAMÉRICA⁺

Diego Fernando Tarapués Sandino^{*}

Szymon Świdorski^{**}

RESUMEN

El presente artículo trata el tema del control de constitucionalidad, pero enfocándose particularmente en el análisis de la acción de inconstitucionalidad (directa) dentro del derecho comparado. En una primera parte se hace una breve recapitulación de los orígenes y desarrollos del control de constitucionalidad, incluyendo su influencia en la creación del recurso de inconstitucionalidad en Europa y de la acción pública de inconstitucionalidad en América del Sur. Posteriormente se hace un análisis actual tanto de la acción como también del recurso de inconstitucionalidad por una parte a algunos casos europeos: Alemania, España y Polonia, y de otra parte a los países sudamericanos. Lo anterior con el propósito especial de determinar las diferencias entre los diversos modelos constitucionales de acción de inconstitucionalidad y especialmente para la identificación de quiénes son los facultados o titulares de ejercer dicha acción de inconstitucionalidad.

PALABRAS CLAVES: Constitución. Acción pública de inconstitucionalidad. Control constitucional. Justicia constitucional.

1 INTRODUCCIÓN

Los sistemas de control de constitucionalidad varían de país en país acorde a los diferentes modelos que caracterizan a sus sistemas jurídicos e incluso a sus sistemas políticos. Si bien existen diversos sistemas para la comprensión teórica de los modelos de control de constitucionalidad, ello no significa que se puede hacer una

⁺ Los autores agradecen a Eneas Romero por su colaboración.

^{*} Docente de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Estudiante del LLM y del doctorado en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Becario del DAAD e integrante de los grupos de investigación GICPODERI y GLIPGö. Abogado de la USC y Politólogo de la Universidad del Valle.

^{**} Asistente científico de la cátedra del Prof. Dr. Kai Ambos y doctorando en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Diploma de Jurista y Magíster en Derecho Europeo (MLE) de la Universidad de Göttingen con estudios en la Universidad de Bristol (Inglaterra).

simple remisión a aquellos sistemas difusos, mixtos, dualistas y concentrados para resolver el interrogante acerca de las formas en que se determina la titularidad de sus accionantes¹. La acción de inconstitucionalidad, que en algunos casos es restringida a ciertos órganos o magistraturas del Estado y en otros casos su titularidad se amplía gradualmente en diferentes proporciones², es el producto de diversos escenarios constitucionales en función de la defensa de la Constitución a manos de un órgano autónomo e independiente al que expide las leyes.

El propósito del presente artículo es el de analizar la acción de inconstitucionalidad como un resultado de las distintas manifestaciones institucionales en defensa de la Constitución, considerando ciertos aspectos del control constitucional en general pero sin olvidar que el objeto central radica en el análisis del titular de la acción que inicia este procedimiento de revisión constitucional. En suma, el presente artículo explora un poco sobre cómo hemos llegado a esta acción de inconstitucionalidad y en especial sostiene la idea de que esta acción se puede categorizar en al menos tres grupos (amplio, mixto y restringido) en una muestra comparativa entre diferentes sistemas constitucionales de Europa y de América del Sur.

2 RECAPITULACIÓN DE LOS ORÍGENES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Los orígenes del control constitucional moderno remiten a la primera década del siglo XIX, propiamente en los Estados Unidos, en donde el reconocimiento de la superioridad normativa de la Constitución se materializó institucionalmente a través de la

¹ La distinción entre estos modelos: difuso/anglosajón, concentrado/europeo y sus variaciones mixtas, obedece a la forma funcional y orgánica en la que se desarrolla el control de constitucionalidad de las normas, enfocándose en el titular del control entre un tribunal en particular o los jueces en general. No obstante, frente a la titularidad de quién es el facultado para solicitar el inicio de este control, aquella sistematización se queda corta y no alude en absoluto a aquel titular en activa. Para una buena distinción de los sistemas de constitucionalidad, véase: Sagüés (2002, p. 27-93); sobre un análisis más profundo de estos sistemas en América Latina, véase: Lösing (2002) y Tarapués (2008a). En cuanto sistema dualista o también denominado sistema paralelo, véase: Eguiguren (2004, p. 4), y García Belaunde (1998, p. 139-154).

² A tal punto de existir modelos como el colombiano donde se torna como una acción pública, condicionada sólo a aquellos ciudadanos en ejercicio (TARAPUÉS, 2008a, p. 90); véase también: Rodríguez Peñaranda (2005).

tesis de la inaplicación de la norma inferior que desconocía a la norma suprema³. Es decir, sólo a partir de este momento es que surge realmente en las instituciones contemporáneas la revisión judicial de las leyes⁴.

En efecto, la *judicial review* dio origen a un sistema de control de constitucionalidad que sería la base de las discusiones y el modelamiento inicial de los demás sistemas. Este modelo se denomina en la actualidad como sistema de control constitucional difuso, siendo un valioso precedente del control constitucional contemporáneo, aunque no propiamente de la acción o recurso de inconstitucionalidad. Este sistema se caracteriza por la indeterminación de autoridades defensoras de la Constitución, donde no existe juez, tribunal u órgano alguno que concentre o sea el titular exclusivo de la custodia de la Carta Fundamental. Este reviste de particularidades acordes al mismo ordenamiento jurídico anglosajón y su respectivo sistema judicial, reconocido principalmente por aquel método del precedente judicial, el cual juega un papel clave para un entendimiento generalizado de la revisión que los jueces hacen de las leyes en cada proceso en particular (SAGÜÉS, 2002, p. 40-43).

Dicho modelo difiere al desarrollado a la otra orilla del atlántico. El sistema continental o Europeo adoptó aquella institución de revisión constitucional de las leyes, pero la concentró en una función específica para un órgano institucional en específico. Justamente el desarrollo constitucional europeo, caracterizado por una tradición jurídica

³ Con ello nos referimos al caso que falló el juez estadounidense John Marshall: *Marbury vs. Madison* (1803, 5 u. s. 137). Especialmente al reconocido estrato de la sentencia que da vida a la revisión judicial de las leyes: "(...) o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (...)" (GARGARELLA, 1996, p. 47). Véase de igual forma *El Federalista* para una contextualización del ámbito político en el que se dictó la sentencia (HAMILTON, 2001).

⁴ Esta disertación profundiza en los desarrollos teóricos del modelo constitucionalista estadounidense, que a partir de la *judicial review* sirvió de referente para la aplicabilidad de la supremacía constitucional en la mayoría de países, sin embargo ello no desconoce la clara existencia de otras corrientes constitucionales que paralelamente -incluso previo a la americana-, forjaron las bases para el reconocimiento del valor y fundamento del primado constitucional, y las cuales llegaron a plantear alternativas al modelo de control judicial de las leyes. En este sentido, se reconocen los aportes del movimiento constitucional liberal que desde el siglo XVII venía afianzando aquella posición predominante de la Constitución en el continente europeo, reconociendo un sentido racional de limitación al poder. Al respecto, puede ahondarse en las distinciones del constitucionalismo antiguo y del moderno, a su vez que se puede profundizar en los tres modelos referenciales del constitucionalismo contemporáneo (americano, francés e inglés) en: Matteucci (1998, p. 23-26 y 285-291).

germano-romana del *civil law*, transformó el modelo difuso estadounidense al establecer un sistema de control constitucional concentrado donde un Tribunal Constitucional, independiente al máximo tribunal de la justicia ordinaria, pasó a ser el guardián exclusivo de la defensa constitucional⁵.

Aquella disparidad de sistemas jurídicos y jurisdiccionales trajo consigo esta dualidad de sistemas de control, donde además hay que precisar la distinción no sólo de efectos en las decisiones sino, sobre todo, de las formas en que se inicia la actividad de defensa constitucional. En efecto, el sistema difuso no plantea una acción directa para un control generalizado o abstracto. Por el contrario estructura una actividad contingente de revisión a las leyes en la medida que dentro de un proceso judicial específico se puede originar un control constitucional concreto. En otros términos, el modelo difuso plantea un control de inconstitucionalidad indirecto donde la revisión a las leyes surge de manera incidental dentro de un proceso judicial específico; de tal forma que:

la declaración de inconstitucionalidad no significa, en principio, otra cosa sino que la ley en cuestión no es aplicable al caso planteado. [...] resulta francamente difícil que una ley sea invalidada de modo absoluto porque se precisa que el motivo que la hace inválida se presente necesariamente en todos los casos posibles (MARÍN, 1998, p. 39).

En cambio, el sistema de control concentrado diseña una serie de instrumentos a través de los cuales aquel alto tribunal de la jurisdicción constitucional realiza la correspondiente defensa de la Constitución, destacándose entre éstos la acción o recurso de inconstitucionalidad como mecanismo específico de iniciación del control de constitucionalidad a las leyes. Aquel recurso de inconstitucionalidad goza de una autonomía procesal en la medida que da inicio a un trámite o proceso autónomo e independiente donde el único objeto demandado es la ley o norma acusada de contrariar los postulados constitucionales. Distinto al sistema difuso, donde la revisión judicial a las leyes es eventual y con efectos *inter partes*, este control normativo de los sistemas concentrados se caracteriza por ser un control de constitucionalidad abstracto, que se inicia por una vía directa, con la intención de que exista un pronunciamiento

⁵ Con esto se hace mención al debate suscitado entre Hans Kelsen (1995; 1931) y Carl Schmitt (1998; 1929) sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, el cual generó las bases teóricas sobre el modelo continental europeo.

generalizado con efectos *erga omnes* sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de dicha norma de menor jerarquía a la norma constitucional (TARAPUÉS, 2008a, p. 90-93).

3 SURGIMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

Los europeos fueron los promotores de un recurso directo con el propósito de iniciar la revisión constitucional de una ley, ya que el sistema estadounidense de la *judicial review* no previó mecanismos accionados que dieran vida a la defensa de la Constitución, sino que el control se cristalizó de forma indirecta a partir de la excepción de inconstitucionalidad más no de una acción para tal efecto. Aquel establecimiento progresivo de tribunales constitucionales en casi toda Europa fue el antecedente que a su vez promovió la existencia de una acción o recurso que permitía el ejercicio de esta función⁶. En este orden de ideas, el desarrollo de instituciones como el tribunal constitucional, el control constitucional concentrado y la respectiva acción o recurso de inconstitucionalidad, son figuras casi que indivisibles y con un correspondiente desarrollo conjunto dentro de la historia constitucional.

En efecto, el sistema europeo de control de constitucionalidad de las leyes se ha caracterizado tradicionalmente por los siguientes aspectos: 1. Un proceso autónomo de constitucionalidad, que acorde a los alemanes se designó como control abstracto o control inmediato; 2. Un órgano específico de control, Tribunal Constitucional, lo cual Schmitt formularía con el término de control concentrado; 3. La eficacia inmediata y

⁶ La historia de los tribunales constitucionales se puede resumir en tres fases distintas que surgen a partir de la creación de los tribunales de Austria y de Checoslovaquia que marcaron el hito histórico en 1920, a los cuales le siguió el tribunal español que sería institucionalizado por la Constitución de 1931 y que se denominaría “Tribunal de Garantías Constitucionales”. Posterior a estos tres tribunales constitucionales, le siguieron cinco tribunales más que serían: el italiano en 1948; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en 1949; el Consejo Constitucional de Francia en 1959; el Tribunal de Turquía en 1961; y el de Yugoslavia en 1963. Lo que Favoreu denominaría la segunda oleada del Tribunal Constitucional en Europa. La tercera oleada, estaría compuesta por la fundación de los tribunales constitucionales en: Grecia por medio del Tribunal Especial Superior en 1975; Portugal mediante la Constitución de 1976 (posteriormente ratificado en 1982); y el Tribunal de Arbitraje belga de 1983; (junto con países de la Europa Oriental que incursionaban luego del primer intento checoslovaco en la década del veinte) el Tribunal polaco de 1985 que ejercería funciones desde 1986; el de Hungría en 1989 luego de experimentar una análoga institución en 1983 que se denominó Consejo del Derecho Constitucional; el surgimiento del mismo tribunal en Rumania y en Bulgaria que también datan de 1991 (TARAPUÉS, 2008a, p. 66-67); (TARAPUÉS, 2008b, p. 141-159); (FAVOREU, 1994).

general de la declaración de inconstitucionalidad, aquellos efectos *erga omnes*; y 4. La limitación o restricción del número de legitimados para solicitar un proceso de constitucionalidad⁷.

4 REVISIÓN A LOS CASOS DE ALEMANIA, ESPAÑA Y POLONIA

A continuación se analizarán – a modo ejemplo – tres casos europeos representativos de este modelo continental que generó las bases del sistema accionado y que aún en sus constituciones actuales conservan esta tradición a partir de una determinación taxativa de titulares de este recurso o acción.

4.1 El Modelo Alemán

El control de constitucionalidad de las leyes se encuentra regulado de la siguiente manera: por una parte el control normativo abstracto en el art. 93 inc. 1 núm. 2 de la Ley Fundamental⁸, y en los párrafos (§§) 13 núm. 6, 76 y subsiguientes de la Ley del Tribunal Constitucional federal (*Bundesverfassungsgerichtgesetz: BVerfGG*). Por su parte el control normativo concreto está establecido en el art. 100 de la Ley Fundamental

⁷ Elementos básicos del sistema europeo reconocidos por Pedro Cruz Villalón, quien expresamente señala: “Estos son los tres caracteres que pueden ser considerados esenciales al <<sistema europeo>> de control de constitucionalidad. A ellos podría añadirse un cuarto, muy característico, que aunque no pueda ser calificado de esencial, sí ayuda bastante a entender el sistema europeo. Se trata de la *limitación o restricción del número de los legitimados* para instar un proceso de constitucionalidad. Ello no es sólo expresión de la voluntad racionalizadora y, por tanto, limitadora del control, sino también de la estrecha conexión en la que el sistema surge con los “conflictos constitucionales”, es decir, con la jurisdicción que conoce de los posibles conflictos entre los supremos protagonistas del proceso político (poder central / autonomías locales, Ejecutivo / Legislativo, muy importantes estos últimos en el contexto de la <<monarquía constitucional>>) y que hace que el control de constitucionalidad pueda aparecer como el último eslabón de una jurisdicción constitucional ya existente. Frente a esta conexión *competencial* del control constitucional europeo, la vinculación originaria del control americano a la protección del interés individual y, en particular, de los derechos fundamentales, explica el que la legitimación sólo se vincule a la presencia de un interés particular lesionado. El <<control concreto>> impropio, lo que hoy llamamos en España << cuestión de inconstitucionalidad >> aparece como el punto de confluencia de la dos tradiciones” (1987, p. 34-35).

⁸ El art. 93 inc. 1 num. 2 de la Ley Fundamental regula el control normativo abstracto de manera general, mientras el num. 2a del mismo artículo remite a un caso especial en este tipo de control.

y en los párrafos (§§) 13 núm. 11, 80 y subsiguientes de aquella ley reguladora de la justicia constitucional (*BVerfGG*).

En cierto modo, en Alemania existen dos modalidades de control normativo abstracto: un control especial y otro general. En el caso del control general, se examina la constitucionalidad de la ley a la luz de la Constitución en su conjunto, por su parte un caso del control especial es el planteado en el art. 93 inc. 1 núm. 2a de la Ley Fundamental, en donde se señala que el Tribunal Constitucional federal alemán (*Bundesverfassungsgericht: BVerfG*) sólo comprueba si la ley se ajusta a las normas procedimentales que regulan el proceso de creación de las leyes en relación a la distribución de competencias federativas y a las correspondientes competencias legislativas (RENCK, 2004, p. 773). En virtud del art. 93 inc. 1 núm. 2 de la Ley Fundamental⁹ y al párrafo (§) 76 inc. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, sólo el Gobierno Federal¹⁰ (*das Kollegium von Bundeskanzler und Bundesminister*)¹¹, los gobiernos federados -*die Landesregierungen*-, o una cuarta parte de los miembros del *Bundestag* (Parlamento alemán) están facultados para solicitar el inicio de tal procedimiento (SCHLAICH/KORIOTH, 2010, p. 84). La situación es diferente para el caso del núm. 2a del mismo artículo. En este caso, acorde a aquella disposición constitucional y de acuerdo al párrafo (§) 76 inc. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional, el *Bundesrat*, los parlamentos estatales -*Landesparlamente*- y los gobiernos estatales -*Landesregierungen*- están facultados para presentar dicha solicitud (SACHS, 2004, p. 51). La legitimidad en activa para aquella solicitud por parte del *Bundesrat*, en cierta medida no ostenta mucha relevancia, ya que cada gobierno federado – independientemente de la mayoría necesaria en el *Bundesrat* – tiene derecho a solicitar aquel control constitucional normativo abstracto (SACHS, 2004, p. 51).

⁹ Este acápite del artículo constitucional dice: “El Tribunal Constitucional Federal decide: 2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los *Länder* con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag*”.

¹⁰ Véase art. 62 de la Ley Fundamental: “El Gobierno Federal se compone del Canciller Federal y de los ministros federales”.

¹¹ La solicitud por parte del Gobierno Federal es una decisión del correspondiente gabinete en virtud del párrafo (§) 24 del Reglamento del Gobierno Federal (GO BReg).

Además, se tendrían que encontrar discrepancias de opinión¹² o dudas¹³ sobre la compatibilidad formal y material del derecho federal o del derecho federado con la Ley Fundamental o la compatibilidad de la legislación federada con el derecho federal en general.

En este sentido, el propósito del control normativo abstracto está relacionado con la resolución de las incertidumbres sobre la constitucionalidad del derecho federal o federado y la compatibilidad de la legislación federada, en general, frente al derecho federal en su conjunto (FLEURY, 2003, p. 41). Como objeto de análisis constitucional el art. 93 inc. 1 núm. 2 de la Ley Fundamental y el párrafo (§) 76 inc. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional señalan aquellas cuestiones surgidas tanto en el derecho federal como también en el federado¹⁴.

Con relación al control normativo concreto, cualquier tribunal puede llevarlo a cabo por su propia iniciativa¹⁵ (FLEURY, 2003, p. 42). Del art. 100 inc. 1 de la Ley Fundamental y del párrafo (§) 80 inc. 1 de la *BVerfG*, se infiere que sólo las leyes son susceptibles de este tipo de control. La delimitación del objeto materia de revisión radica exclusivamente en las leyes, de tal forma que el control normativo concreto juega un papel relevante en la protección de la autoridad que representa el legislador (FLEURY, 2003, p. 42 y ss.). En virtud del art. 100 inc. 1 de la Ley Fundamental, el respectivo tribunal antes de solicitarle la revisión al Tribunal Constitucional federal, tiene que considerar la inconstitucionalidad de una ley. Este debe estar convencido de la inconstitucionalidad, pues la simple duda no es suficiente. De tal forma que su apreciación de la inconstitucionalidad debe estar motivada, soportando argumentativamente estos fundamentos que se requieren acorde al párrafo (§) 80 inc. 2 de la Ley del Tribunal Constitucional (ROBBERS, 1994, p. 401). Por último, vale la

¹² Art. 93 inc. 1 num. 2a de la Ley Fundamental presupone sólo las discrepancias de opinión al respecto (*die Meinungsverschiedenheiten*).

¹³ Con relación al párrafo (§) 76 inc. 1 num. 1 de la ley del tribunal Constitucional se plantea la cuestión de si la simple duda podría ser suficiente. Aquel párrafo presupone, que el solicitante sostenga que la norma es nula de pleno derecho, por lo tanto no sería una simple duda. Una revisión breve al artículo 93 num. 2 y al artículo 100 de la Ley Fundamental permite diferenciar este aspecto (FLEURY, 2003, p. 27).

¹⁴ En el proceso, de acuerdo con el artículo 93 num. 2a de la Ley Fundamental, sólo las leyes federales entran en consideración como objeto de revisión. En este proceso se trata solamente de las afectaciones del art. 72 inc. 2 y esta disposición es sólo para las leyes federales de relevancia (SACHS, 2004, p. 55).

¹⁵ La legitimidad para la solicitud se limita a los tribunales estatales, es decir, tribunales eclesiásticos y tribunales privados de arbitramento se excluyen.

pena resaltar que la ley tiene que jugar un rol relevante en el caso en el que surge la cuestión. La relevancia se da si el tribunal en la búsqueda de solucionar el asunto principal, encuentra que la validez o invalidez de la ley implicaría tomar una decisión diferente en dicho caso¹⁶. Su decisión tiene efectos de forma similar al del control normativo abstracto, es decir, tiene efectos *erga omnes*, más no un simple efecto *inter partes* (WERNSMANN, 2005, p. 335).

4.2 El Modelo Español

En cuanto al caso español, además de haber aportado mucho en el diseño contemporáneo de los modelos rogados de justicia constitucional de la modernidad, también se puede afirmar que el caso español es el que más ha influenciado a los sistemas de control de constitucionalidad en América Latina en general¹⁷. En la actual Carta Política española de 1978 se distinguen los dos modelos básicos de control de constitucionalidad: tanto el control abstracto como el control concreto. El primero se establece en el art. 161, específicamente en el núm. 1 literal a, el cual indica:

Art. 161 El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. (ESPANHA, 1978).

Aquel recurso de inconstitucionalidad se encuentra restringido al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 Diputados o 50 Senadores, a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y en relación a estas últimas también se encuentra legitimadas las Asambleas de aquellas entidades territoriales. Lo cual da cuenta una vez más del carácter restringido de esta acción que se toma como instrumento político otorgado a diversas instituciones políticas o grupos de dignatarios de las mismas, para iniciar la revisión constitucional de una ley o de una disposición normativa que contraría tentativamente el orden constitucional.

De otra parte el control normativo concreto se surte a partir de una figura que se denomina como la cuestión constitucional, la cual no es otra cosa diferente que la

¹⁶ BVerfGE 22, 175, 177; 79, 240, 243ss.

¹⁷ Por ejemplo, el primer Tribunal Constitucional en nuestra región -el tribunal de Ecuador en 1945- estaba inspirado en el tribunal español propio de la Constitución de 1931, y a su vez muchas disposiciones en la región tomaban como referente la Ley Orgánica española del Tribunal de Garantías Constitucionales que data de 1933 (TARAPUÉS, 2008b, p. 141-159).

revisión de las leyes de forma indirecta por medio de remisión judicial de un caso al Tribunal Constitucional por parte de un juez o un tribunal al encontrar estos últimos una incompatibilidad de una ley frente a las normas constitucionales en el desarrollo de un caso en particular dentro de la justicia ordinaria. Con especificidad esta figura se encuentra en el art. 163 de la siguiente forma:

Aret. 163 Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.¹⁸(ESPANHA, 1978).

4.3 El Modelo Polaco

Desde un punto de vista formal, se puede revisar la constitucionalidad de las leyes en Polonia, tanto en un sentido abstracto como en un sentido concreto. El competente para dicho control es el Tribunal Constitucional (*Trybunał Konstytucyjny*)¹⁹ que es la institución que tiene el monopolio exclusivo para la revisión constitucional de las leyes²⁰ (SARNECKI, 1999, p. 351). El control normativo abstracto es un control rogado. Es decir, es un proceso que se solicita, mientras que el control normativo concreto es ejercido en el desarrollo de una cuestión jurídica. El control abstracto no supone una aplicación en un litigio concreto, por el contrario se centra en las divergencias abstractas sobre la compatibilidad de las normas puestas en revisión. De

¹⁸ Sobre los efectos de estas decisiones, existe una clausula constitucional general sobre todas las sentencias del Tribunal Constitucional. El art. 164 señala: “1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

¹⁹ El Tribunal Constitucional fue creado en 1986. Su creación ha iniciado el proceso de ampliación de la protección constitucional vía judicial en este país (GARLICKI, 2009, p. 95). A partir de la postura adoptada en la Constitución polaca, el Tribunal Constitucional no es un tribunal ordinario de justicia ni una instancia de apelaciones, pero es una institución adscrita al poder judicial.

²⁰ De acuerdo con el artículo 188 de la Constitución, el Tribunal Constitucional polaco decide sobre: “the conformity of statutes and international agreements to the Constitution; the conformity of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute; the conformity of legal provisions issued by central State organs to the Constitution, ratified international agreements and statutes; the conformity to the Constitution of the purposes or activities of political parties; complaints concerning constitutional infringements, as specified in Article 79, para. 1; competence disputes between central, constitutional state bodies; constitutionality of aims and activities of political parties; declaring, upon the application of the Speaker of the Sejm, impediments in performing the duties of the president” (BANASZAK, 2005, p. 134).

otra parte, el control concreto se caracteriza porque tiene ocasión en el marco de un proceso judicial específico, en donde el objeto del proceso es completamente otro (GARLICKI, 2000, p 373).

Dentro del control constitucional abstracto, en relación con el momento de realizar la revisión de constitucionalidad, se hace una distinción entre el control preventivo y el control represivo, sin embargo en todo caso el control normativo abstracto es tomado siempre como la cuestión central (GARLICKI, 2000, p 373). La pregunta sobre quién es el legitimado para presentar aquella solicitud que da vida al proceso de control de constitucionalidad, la responde la misma constitución en su art. 191. En este sentido, podemos diferenciar tres categorías de accionantes.

El primer grupo se distingue porque los titulares de aquella acción ocupan un rol institucional elevado que les faculta de manera privilegiada para ser titulares de la acción en todos los asuntos. Este grupo está conformado por: el Presidente de la República, el *Marshal* del *Sejm*, el *Marshal* del Senado²¹, el Primer Ministro, 50 Diputados (congresistas de la cámara baja), 30 Senadores²², el Primer Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal Superior Administrativo, el Fiscal General, el Presidente de la Cámara Suprema de Control y el Comisionado para los Derechos de los Ciudadanos²³. La naturaleza de sus privilegios radica en el hecho de que ostentan una posición institucional general de alto nivel oficial, lo cual les faculta esta atribución dentro de la lógica de aquel sistema constitucional eslavo. El segundo grupo está conformado por los órganos constitutivos de las unidades de gobierno local, las confederaciones nacionales de los sindicatos, así como también de las autoridades nacionales de empleadores y de las organizaciones de profesionales, al igual que las iglesias y organizaciones religiosas²⁴. Los integrantes de este grupo pueden definirse como agrupaciones representativas de la sociedad civil con el derecho de solicitar aquel

²¹ El *Marshal* del *Sejm* es el equivalente al presidente de la cámara baja del parlamento polaco, mientras el *Marshal* del Senado es su símil en la cámara alta de la misma corporación. Conforme al artículo 110 de la Constitución de Polonia en concordancia con el art. 124 de la misma, aquellos *Marshal* tienen las siguientes atribuciones: “The Sejm shall elect from amongst its members a Marshal of the Sejm and Vice-Marshals; The Marshal of the Sejm shall preside over the debates of the Sejm, safeguard the rights of the Sejm as well as represent the Sejm in external matters; The Sejm shall appoint standing committees and may also appoint special committees”.

²² Acorde al art. 96 de la Constitución, el *Sejm* está compuesto por 460 diputados. Por su parte, con relación al at. 97, el senado está compuesto por 100 integrantes.

²³ Lo anterior en relación al art. 191 inc. 1 num. 1 de la Constitución.

²⁴ Esto conforme al art. 191 inc. 1 num. 3-5 de la Constitución.

control normativo. Aquellos no ostentan un rol privilegiado como los del primer grupo, sino que como representantes de ciertos sectores de la sociedad, están facultados sólo en los asuntos relacionados con el ámbito de su actividad²⁵. En la última categoría se encuentra solamente el Concilio Nacional de la Judicatura²⁶, siendo de igual forma una institución facultada en activa para solicitar tal control pero sin posición privilegiada como sí la tienen los del primer grupo. El Concilio Nacional de la Judicatura sólo puede presentar una solicitud al Tribunal Constitucional en relación a la conformidad constitucional de disposiciones normativas relacionadas a la independencia de los tribunales y de los jueces²⁷ (SARNECKI, 1999, p. 344).

De otra parte, el control con carácter preventivo está planteado actualmente en la Constitución polaca como un régimen de excepción²⁸. En virtud del art. 122 inc. 3 (con relación a las leyes) y al art. 133 inc. 2 (relativo a los tratados internacionales), el Presidente puede iniciar este proceso, siendo el único facultado para solicitar este tipo de control preventivo (GARLICKI, 2000, S. 373). En este aspecto es que radica el carácter especial de aquel procedimiento. Pues bien, la ley tiene que estar ya aprobada por el parlamento, aunque aún no es ley por la carencia de sanción presidencial y de promulgación hasta ese momento. A diferencia de algunos países, en el caso polaco no hay un control preventivo de oficio o automático. En síntesis, esto significa que la concreción de las leyes en ningún caso se lleva a cabo antes del respectivo control que es siempre facultativo a solicitud del Presidente de la República (GARLICKI, 2000, p. 378). A juicio del Tribunal Constitucional, la decisión sobre la constitucionalidad de la ley en el contexto de un control preventivo no excluye un posible control posterior de la misma ley (GARLICKI, 2000, p. 373).

Con relación al control normativo concreto, cualquier juzgado o tribunal puede plantear una cuestión jurídica incidental ante el Tribunal Constitucional sobre la conformidad de una disposición normativa frente a la Constitución, a los acuerdos internacionales ratificados o a las codificaciones en general según el art. 193 de la

²⁵ Véase art. 191 inc. 2 de la Constitución.

²⁶ Véase art. 191 inc. 1 num. 2 de la Constitución.

²⁷ Véase art. 191 inc. 1 num. 2 en concordancia con el art. 186 inc. 2 de la Constitución.

²⁸ Antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1997, no se conocía en el derecho constitucional polaco un control normativo con carácter represivo (GARLICKI, 2000, p. 374).

Constitución polaca. Lo anterior si es que dentro del análisis de tal norma el juez o el tribunal determinan la existencia de un problema constitucional en la resolución del asunto que pretenden resolver. De esto se deriva la capacidad de cada tribunal o juzgado de solicitar el control normativo concreto. Para tal efecto se tiene que presentar una cuestión jurídica incidental. El texto del art. 193 indica las características de esta institución del control normativo concreto en los siguientes términos: el control normativo concreto exige que la cuestión jurídica se origine en el marco de un caso paralelo pendiente y que la norma, cuya constitucionalidad se cuestiona, tenga un carácter fundamental y decisivo para la resolución del caso (SARNECKI, 1999, p. 346). El Tribunal Constitucional decide en la revisión no sólo sobre la admisibilidad de la aplicación de esa norma, sino también sobre su validez. En este sentido, bajo este procedimiento las leyes pueden llegar a ser declaradas inexecutable (SARNECKI, 1999, p. 346 y ss.).

5 LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO UN APOORTE SUDAMERICANO

La creación de una variante dentro de la dicotomía de sistemas de control de constitucionalidad es reconocida como un aporte latinoamericano. Pues bien, el híbrido constitucional de los países de América Latina que heredaron componentes anglosajones y europeos, hizo que poco a poco se concibiera en nuestros sistemas de control un modelo mixto que articula a nuestro modo los sistemas difuso y concentrado con sus respectivas herramientas tales como la acción y la excepción de inconstitucionalidad²⁹. Además de aquel aporte de un tercer modelo en los sistemas de

²⁹ Al respecto el jurista Norbert Lösing señala: “Además de la Corte Suprema y el sistema del control constitucional difuso de los Estados Unidos de América, que sirven de modelo especialmente para las constituciones latinoamericanas del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, en las nuevas constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX se reconocen las influencias de la jurisdicción constitucional concentrada y especializada europea. Estas influencias se han mezclado con los sistemas de control constitucional desarrollados en los estados latinoamericanos y esto ha conducido en parte a lo que se conoce como el sistema de control constitucional paralelo o mixto. A pesar de la rápida expansión de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica en los últimos años, no se

control de constitucionalidad, las contribuciones del derecho constitucional en América Latina se extienden también a la ampliación democrática de la acción de inconstitucionalidad, la cual surgió sin articulación alguna de manera previa a la existencia de un Tribunal Constitucional en Colombia y Venezuela³⁰. En efecto, estos países vecinos comparten el reconocimiento de ser los Estados fundadores de una acción pública de inconstitucionalidad, donde en contraste a las tendencias constitucionales y democráticas europeas, se dio otro rumbo al recurso de inconstitucionalidad al volverlo una acción potestativa de cualquier ciudadano con derechos políticos en ejercicio³¹.

En este sentido, se realizó una transformación estructural en el accionar en defensa de la Constitución, forjando una institución incluyente que hace partícipe a la ciudadanía de la veeduría al orden constitucional, tornándolo con un carácter doble como un deber y como un derecho. Con especificidad la institucionalización de la acción pública en el ordenamiento constitucional colombiano data del año 1910 cuando el acto legislativo No. 3, en su art. 41, consagró aquella acción pública de inconstitucionalidad. Esta acción se formó paralelamente al recurso de inconstitucionalidad que se forjaba para la misma época en Europa, pero el aspecto novedoso giró en torno a aquel carácter popular de la acción. Esta ampliación democrática de la acción de inconstitucionalidad ha sido entendida solamente para los ciudadanos de un Estado en particular, es decir,

quedan excluidos los extranjeros y las personas morales o jurídicas. Esta característica separa a la acción del acento individualista del control de constitucionalidad estadounidense y mexicano que hacen gravitar sus sistemas en la afectación que recibe un agraviado específico. [...] Esto viene a justificarse

trata del simple traslado de los modelos europeos (aún cuando éstos han influido considerablemente), sino de un desarrollo del propio derecho constitucional, en forma congruente y escalonada” (2002, p. 35).

³⁰ “Colombia comparte con Venezuela el mérito de haber transformado desde hace bastante tiempo la excepción de inconstitucionalidad del derecho americano en una acción pública contra la ley. Otros países latinoamericanos permanecieron más fieles al modelo de la excepción” (Vidal, 1999, p. 17-18).

³¹ Aquella creación colombo-venezolana de la acción pública de inconstitucionalidad “tuvo dos momentos liminares, distintos y separados en el tiempo y en el espacio [...]. El primero tuvo lugar en Venezuela, en 1858, y el segundo en Colombia, en 1910. Aquel, con ocasión de la inclusión de la siguiente disposición en la Carta Política que la hermana república adoptó ese año: Artículo 113. Son atribuciones de la Corte Suprema: [...] 8º Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”. Por su parte, en Colombia se introdujo a partir de una reforma constitucional en 1910: “Artículo 41: A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia [debe decidir] sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación” (ESGUERRA, 2004, p. 323-327).

por el hecho de que el control está asegurado a partir de la supremacía constitucional y no desde la afectación a los intereses particulares de una persona (RODRÍGUEZ GAONA, 2006, p. 60).

6 UNA BREVE REVISIÓN EN AMÉRICA DEL SUR

A continuación se analizarán brevemente las normas constitucionales que determinan al titular de la acción de inconstitucionalidad en los países sudamericanos. Pese a que no todos los países de América del Sur tienen un tribunal constitucional, casi la totalidad de ellos – a excepción de Argentina – tienen sistemas de control constitucional mixtos o concentrados, donde una única institución realiza aquel control constitucional normativo (abstracto) como en los casos europeos estudiados. Por esta razón, los países serán divididos entre los que tienen tribunal constitucional y los que no, para revisar quién o quiénes son los facultados de presentar la acción directa de inconstitucionalidad.

6.1 Países Con Tribunal Constitucional

En América del Sur solamente cinco países tienen una institución especializada para el control de constitucionalidad tanto abstracto como concreto: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Hasta hace poco tiempo, la mayoría de estos países restringía en sus constituciones a los legitimados para presentar este tipo de acciones de inconstitucionalidad, facultándolo sólo a ciertas instituciones del poder público o a ciertos miembros de corporaciones representativas que debían congregarse para promover dicha acción. Sin embargo, en la última década han existido cambios sustanciales que han variado aquella tendencia, de tal forma que países como Bolivia y Ecuador han adoptado recientemente un modelo amplio – siguiendo aquella tradición

colombiana – a la hora de señalar a los titulares de la acción de inconstitucionalidad en sus nuevos ordenamientos constitucionales.

En el caso boliviano la reciente Constitución de 2009 introdujo la acción de inconstitucionalidad en un sentido amplio³² de tal forma que toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tiene el derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad de conformidad al art. 132³³. De forma semejante, la Constitución de Ecuador en su art. 439 manifiesta que las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente³⁴.

Estos dos países se suman al caso colombiano, en donde el control normativo abstracto se inicia a través de una acción pública de inconstitucionalidad. Mediante esta acción se inicia el control de constitucionalidad de la misma forma como se suele iniciar un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria en la que el trámite comienza por medio de una demanda³⁵. Es decir, aquella “acción pública permite entablar un verdadero proceso contra una ley, a título de que ella no puede aplicarse en el futuro” (VIDAL, 1999, p. 17). No se busca la resolución de un interés personalizado, pues bien, la acción pública de inconstitucionalidad permite el amparo a la integridad de la Carta Política. Por tal motivo, dicha acción llega a ostentar la calidad de pública e incluso en el caso colombiano se ha enmarcado como derecho político que todo ciudadano está plenamente facultado para ejercitar (TARAPUÉS, 2008a, p. 90). Esta clasificación como

³² Hasta el 2009, en Bolivia solamente eran titulares de esta atribución el Presidente de la República, cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General o el Defensor del Pueblo, acorde al art. 120 num. 1 de la Constitución de 1967.

³³ Sobre los efectos, el art. 133 indica que “la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos”.

³⁴ Anteriormente la Constitución ecuatoriana restringía aquella titularidad en activa dentro del proceso de inconstitucionalidad de la siguiente forma: Al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Corte Suprema de Justicia, a los Consejos Provinciales y Concejos Municipales, a mil Ciudadanos en goce de derechos políticos o a cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo. Lo anterior se establecía en el art. 277 de aquella Carta Política.

³⁵ La Constitución hace referencia a la acción pública de inconstitucionalidad conferida a los ciudadanos – propiamente a la demanda de inconstitucionalidad – cuando alude a las competencias de la Corte Constitucional en el art. 241: “Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución [...] 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes [...] 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno [...]”.

derecho político es algo que normativamente se desprende de la misma Constitución³⁶ y que además la Corte Constitucional ha reconocido en diversas sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela³⁷.

De otra parte, en Perú se establece un sistema un poco restringido pero con la posibilidad de que los ciudadanos de manera colectiva también puedan presentar estas acciones de inconstitucionalidad. En concreto la Constitución peruana en su art. 203 señala que aquellos titulares de la acción son: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 20% de los Congresistas, 5000 ciudadanos, los Presidentes de Región, Alcaldes Provinciales y los Colegios Profesionales.

Por último, el caso de Chile constituye la única excepción dentro de este primer grupo, ya que no permite a los ciudadanos realizar acciones en defensa de la Constitución ni de manera individual ni colectiva. Lo anterior en razón de lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución, el cual establece que el Tribunal Constitucional resuelve las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso solamente por requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación³⁸.

³⁶ Específicamente a partir del numeral 6 del artículo 40: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”

³⁷ Una muestra de ello lo constituye la sentencia de constitucionalidad No. 536 de 1998 que manifiesta: “El derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política, y tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos, lo que significa que está reservada a los nacionales colombianos y, entre éstos, a quienes hayan alcanzado la ciudadanía y estén en el ejercicio de ella”.

³⁸ Sin embargo, en el caso chileno aplican diversas variaciones para dar inicio al proceso de control de constitucionalidad. Por ejemplo, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación, es indispensable que la Cámara de origen del órgano legislativo, envíe al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso. Asimismo, para resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, sólo lo

6.2 Países Sin Tribunal Constitucional

Además de los países anteriormente mencionados, la acción de inconstitucionalidad existe en otros cuatro casos, ya que Argentina sólo revisa la constitucionalidad de las leyes por vía de apelación o incidental (NOGUEIRA, 2002). Con relación al caso brasileiro, éste es el único país dentro de este segundo grupo que no permite a sus ciudadanos presentar acciones de inconstitucionalidad, ya que esta potestad se restringe exclusivamente al Presidente de la República, a las mesas directivas del Senado Federal, de la Cámara y de la Asamblea Legislativa, al Gobernador del Estado, al Procurador General, al Consejo Federal de Abogados, a los partidos políticos y a organizaciones gremiales como sindicatos³⁹.

En el caso de Venezuela – como ya se mencionó hojas atrás – existe desde hace mucho tiempo una acción amplia que incluye a toda la ciudadanía⁴⁰. Específicamente la Constitución en su art. 333 contempla que todo ciudadano investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. Aunque se puede afirmar que es una acción pública – igual que en Colombia – es necesario señalar que no las normas constitucionales no la definen como un derecho político.

Por último, tanto en Uruguay como en Paraguay existe un modelo muy abierto en el que todo aquel que se considere lesionado por una ley que se estime inconstitucional, podrá solicitar su declaratoria de inconstitucionalidad. En el caso uruguayo el art. 258 de la Constitución establece: “La declaración de inconstitucionalidad

hace mediante solicitud del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Todo lo anterior acorde al mismo artículo 93 de la Constitución chilena.

³⁹ Acorde al artículo 103 de la Constitución: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁴⁰ Además el art. 281 en su numeral 3 establece que la acción de inconstitucionalidad es una atribución del Defensor del Pueblo.

de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo [p]or vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia”. Por su parte, en Paraguay la Constitución a través del art. 132 remite a la ley para la determinación de los diferentes asuntos relacionados con la acción de inconstitucionalidad. En este sentido, el art. 550 del CPC paraguayo indica que toda persona lesionada en sus legítimos derechos está facultada para interponer este tipo de acciones. Si bien en ambos casos, tanto en el uruguayo como en el paraguayo, existe entonces la oportunidad de que cualquier ciudadano interponga esta acción, esto no significa que es una acción pública enfocada a defender intereses generales o la correspondiente integridad constitucional, ya que el énfasis en que la persona debe considerarse lesionada de una manera directa hace que esta acción sea abierta pero a la vez – y ante todo – vinculada a intereses particulares. En este orden de ideas, en estos casos aquella acción no constituye ni una acción pública de inconstitucionalidad ni mucho menos un derecho político.

7 CONCLUSIÓN

Se puede afirmar que la acción de inconstitucionalidad no es una institución que surgió de forma autónoma y aislada a los sistemas de control de constitucionalidad, pues bien, sólo mediante la concreción normativa del sistema europeo se logró la determinación de un trámite exclusivo para tachar de inexecutable aquellas leyes que van en contra de la Constitución, lo cual a su vez trajo de forma inherente la reflexión y posterior consagración de un recurso que dio origen y sentido alguno a aquel procedimiento especial de inconstitucionalidad.

Tanto en los sistemas difusos como en los concentrados y mixtos, existen métodos variados que distan de país en país para la determinación del legitimado en activa para impetrar una acción de esta naturaleza. En este orden de ideas, algunos ordenamientos constitucionales apuntan a que sólo aquel que tiene intereses directos y

concretos puede solicitar aquella revisión judicial de la constitucionalidad que ostenta una ley, ya que la lesión de sus intereses lo faculta para restablecer la lógica aplicativa de las normas para que no le sean conculcados sus derechos o pretensiones por normas que se presumen son inconstitucionales.

Por otro lado, hay sistemas que le brindan un rol altamente político-institucional a aquel recurso y por lo tanto lo restringen con tal delicadeza que sólo es asignado a las más altas magistraturas o instituciones, para que sólo desde la dignidad que reviste su cargo se pueda controvertir la constitucionalidad de las leyes. Es decir, se asume como un resultado de la funcionalidad organicista de las distintas instituciones con plenas potestades para controvertir lo que el legislador ha establecido y que consideran no se ciñe a la Constitución.

Finalmente, otros redimensionan el papel de estas acciones y las contemplan como un mecanismo asequible a la ciudadanía en general, para que abiertamente los ciudadanos sean partícipes promoviendo el control de constitucionalidad de aquellas leyes y preceptos normativos. Esta es una apreciación muy incluyente en donde el ejercicio de aquel recurso ampliado sólo encuentra límites en la habilidad y en el interés que tenga el ciudadano común para poder ejercitar dicho mecanismo de protección constitucional. Al respecto se podría afirmar que “cuantas más personas tengan la acción de inconstitucionalidad, mejor se defiende la Constitución” (ARAUJO, 1999, p. 355), sin embargo, esta afirmación obedece a cierta lógica, pero ello no implica que sea necesariamente un axioma o una verdad absoluta.

En suma, se pueden sistematizar aquellas alternativas que legitiman la iniciación de la defensa de la Constitución a partir de las correspondientes reglas de juego institucionales que rigen en uno u otro modelo de control de constitucionalidad. No obstante, es contrastable aquel vacío teórico que soporta el establecimiento de una u otra posición de restringir o ampliar la legitimación para instar al defensor de la Constitución para que cumpla su trabajo, bien sea en casos específicos como en casos abstractos en donde obviamente aquellos criterios cobran mayor relevancia. En este orden de ideas, sería muy positivo para el derecho constitucional en general, la incursión en un debate de esta naturaleza, el cual atienda a una explicación lógica y sustentada

de cuál sería el mejor modelo de titularidad de la acción de inconstitucionalidad en las actuales democracias constitucionales.

O TITULAR DA AÇÃO INCONSTITUCIONAL DE UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA NA EUROPA E AMÉRICA DO SUL

RESUMO

Este artigo aborda a questão da revisão judicial, mas com particular incidência na análise da ação de inconstitucionalidade (diretamente) no direito comparado. A primeira parte é uma breve recapitulação das origens e desenvolvimento da revisão judicial, incluindo a sua influência na criação do movimento constitucional na Europa e na ação do governo inconstitucional, na América do Sul. Posterior análise de uma corrente de tanto a ação e também do movimento constitucional, por um lado alguns casos europeus: Alemanha, Espanha e Polónia, e sobre os outros países sul-americanos. Isto com o propósito específico de determinar as diferenças entre os vários modelos constitucionais de inconstitucionalidade e, especialmente, para identificar quem são os titulares de exercer o poder ou a ação de inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Ação pública inconstitucional. Controle constitucional. Justiça Constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAUJO RENTERÍA, Jaime. **Principios de Derecho Constitucional**. Bogotá: Mc Graw Hill, 1999.

BANASZAK, Bogusław. **Outline of Polish Constitutional Law**. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2005.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

EGUIGUREN PRAELI, José. **La Jurisdicción Constitucional en el Perú:** Características, Problemas y Propuestas para su Reforma. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. **La protección constitucional del ciudadano.** Bogotá: Editorial Temis, 2004.

FAVOREU, Louis. **Los Tribunales Constitucionales.** Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

FLEURY, Roland. **Verfassungsprozessrecht.** 5. ed. Neuwied/Kriftel: Luchterhand, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Jurisdicción Constitucional y el Modelo Dual o Paralelo, en: **La Justicia Constitucional a Finales del Siglo XX** año VII n. 6, Huancayo: Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, 1998.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno:** Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GARLICKI, Leszek. Nowe zjawiska w kontroli konstytucyjności ustaw. **Przegląd Sejmowy**, Warszawa, n. 4 (93), p. 93-109, 2009.

GARLICKI, Leszek. **Polskie Prawo Konstytucyjne.** 4. ed. Warszawa: Liber, 2000.

HAMILTON, Alexander. et al. **El Federalista.** México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2001.

KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?.** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

LÖSING, Norbert. **La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica.** Madrid: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

MARÍN, José Ángel. **Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional**. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, Ponencia en el **IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina**. Florianópolis: Universidad de Talca, 2002.

RENCK, Ludwig. Der Charakter des Verfahrens nach Art. 93 I Nr. 2a GG, **Revista Juristische Schulung** (JuS), München, p. 770-774, 2004.

ROBBERS, Gerhard. Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit. **Revista Juristische Schulung** (JuS), München, p. 397–402 , 1994.

RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. **El control constitucional de la reforma a la Constitución**. Madrid: Editorial Dykinson, 2006.

RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa. **Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SACHS, Michael. **Verfassungsprozessrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2004.

SAGÜÉS, Nestor. **Derecho procesal constitucional**. Recurso extraordinario. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

SARNECKI, Paweł. **Prawo Konstytucyjne**. rp. 3. ed. Warszawa: C.H. Beck, 1999.

SCHLAICH, Klaus/ KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**. 8. ed. München: C.H. Beck, 2010.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

TARAPUÉS SANDINO, Diego F. **La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur**. Cali: Editorial USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones, 2008a.

TARAPUÉS SANDINO, Diego F. Una aproximación histórica a la institucionalización del Tribunal Constitucional en América del Sur. **Revista Elementos de Juicio, Revista de Temas Constitucionales**, Bogotá, n. 9, 2008b.

VIDAL, Jaime. **Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas**. Bogotá: Legis Editores, 1999.

WERNSMANN, Rainer. Konkrete Normenkontrolle (Art. 100 I GG). **Revista Jura**, Berlin, p. 328-336, 2005.