



Mauro Cappelletti

*La jurisdicción constitucional
de la libertad
con referencia a los ordenamientos
alemán, suizo y austriaco*



MAURO CAPPELLETTI (1927-2004) fue, sin duda, uno de los juristas más influyentes y representativos del siglo XX. Sus aportes al Derecho abarcan más de treinta libros y cerca de un centenar de artículos, publicados en diversos idiomas, en revistas especializadas que abordan temas de Derecho Procesal, Derecho Público Comparado, Derecho Constitucional y, de modo relevante, el Derecho Procesal Constitucional. Formado bajo el magisterio de Piero Calamandrei, su prestigio académico lo llevaría tempranamente a ser invitado como profesor visitante en la Universidad de Stanford, EE.UU., lo que le permitiría un intercambio académico que mantuvo a través de publicaciones y conferencias hasta el final de su vida.

Entre sus obras podemos destacar *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)* (1955); *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (1968); *Processo e ideologie* (1969); *El Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (con Bryant Garth, 1976); y, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee* (1994).

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA LIBERTAD

CON REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS
ALEMÁN, SUIZO Y AUSTRIACO

tiempos de
Constitucionalismo



MAURO CAPPELLETTI

Domènec García Belaúnda
E. Javier Díez Racione
Editor
Pedro F. González Castro

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA LIBERTAD

CON REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS
ALEMÁN, SUIZO Y AUSTRIACO

Traducción de
HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
Investigador emérito del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM



LIMA - 2010



Tiempos del Constitucionalismo

Directores

Domingo García Belaunde

F. Javier Díaz Revorio

Editor

Pedro P. Grández Castro

N.º 2

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

CON REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS

ALEMÁN, SUIZO Y AUSTRIACO

Mauro Cappelletti

* Traducción de la obra original: "La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)". Serie: Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile. Milano: Giuffrè, 1955.

Primera edición en castellano publicada por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

Primera edición peruana, octubre de 2010

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta edición sin el consentimiento expreso de la Editorial.

- © Copyright: Herederos de Mauro Cappelletti
- © Copyright 1961: Universidad Nacional Autónoma de México
- © Copyright de la traducción: Héctor Fix-Zamudio
- © Copyright 2010: Palestra Editores S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación: GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diagramación: ALAN OMAR BEJARANO NÓBLEGA

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-08223
ISBN: 978-612-4047-31-2
Proyecto editorial N° 31501221000001
Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Presentación

por Domingo García Belaunde 9

Introducción 17

1. Razón del presente estudio (observaciones sobre la necesidad del establecimiento en el ordenamiento jurídico italiano de una "jurisdicción constitucional de la libertad" para hacer efectivos los derechos fundamentales)..... 17
2. La *Verfassungsbeschwerde* en la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Federal Constitucional alemán y referencia a la institución similar prevista pero no realizada en la Constitución de la *Paulskirche* (Iglesia de San Pablo) de 1849..... 42

Capítulo I: Precedentes suizos, históricos y vigentes, de la *Verfassungsbeschwerde* (la *Staatsrechtliche Beschwerde* contra los actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales de las autoridades cantonales)..... 47

3. El recurso constitucional ante un Tribunal Federal en los proyectos de Kasimir Pfyffer, de Pellegrino Rossi y de James Fazy, y su primera realización, prácticamente ineficaz, en el artículo 105 de la Constitución Federal de 1848..... 47
4. La protección de los derechos constitucionales del

	ciudadano, realizada por el Consejo y por la Asamblea federales mediante recurso del interesado, según la Constitución suiza de 1848	50
5.	El recurso de Derecho Público en la Constitución de 1874. Sus relaciones (estructura), con referencia especial a la relación de "derecho de igualdad-obligación de equidad"...	51
6.	Su dialéctica (funcionamiento).....	61
7.	Los efectos del recurso	67
	Capítulo II: Precedentes austriacos, históricos y vigentes, de la <i>Verfassungsbeschwerde</i> (la <i>Beschwerde</i> contra los actos administrativos).....	71
8.	La <i>Beschwerde</i> en la <i>Dezemberverfassung</i> de 1867; sus límites objetivos	71
9.	Sus límites subjetivos, el proceso y la eficacia simplemente declarativa de la decisión de acogimiento.....	74
10.	La <i>Beschwerde</i> en la Constitución de 1920-1929, puesta en vigor nuevamente en 1946; su eficacia casatoria.....	76
11.	Su estructura y funcionamiento	79
	Capítulo III: La <i>Verfassungsbeschwerde</i> en el Reino y en el Estado Libre de Baviera	83
12.	La <i>Verfassungsbeschwerde</i> como recurso del ciudadano ante la Dieta, en la Constitución del Reino de Baviera de 1818.....	83
13.	La <i>Verfassungsbeschwerde</i> en la Constitución de Bamberg de 1919; estructura y funcionamiento.....	85
14.	Eficacia no casatoria de la sentencia y sus efectos sobre el objeto del recurso	92
15.	La <i>Verfassungsbeschwerde</i> en la Constitución de 1946; su influencia sobre el legislador federal	95
16.	Sus límites objetivos en relación con los derechos tutelados.....	96
17.	(Continúa) y en relación con los actos impugnables.....	101
18.	Su reglamentación procesal.....	103
19.	Interpretación de las disposiciones sobre los efectos de la decisión de acogimiento: a) en relación con los actos administrativos (se afirma su eficacia constitutiva)	108
20.	(Continúa) b) y en relación con los actos jurisdiccionales (se niega su eficacia casatoria)	111
21.	La institución bávara de la <i>Popularklage</i> y descripción	

de la <i>Richterklage</i> (también en relación con el Derecho Federal alemán)	116
Capítulo IV: La <i>Verfassungsbeschwerde</i> en la República Federal Alemana	125
22. La Ley de 12 de marzo de 1951 (en nota, indicaciones sobre la composición del <i>Bundesverfassungsgericht</i>); naturaleza no constitucional del derecho de acción ...	126
23. Los derechos constitucionales tutelados: no todos los <i>verfassungsmässige Rechte</i> ; la “concretización creadora” de las disposiciones sobre derechos del hombre, por la jurisdicción constitucional de la libertad.....	131
24. Los actos respecto de los cuales se efectúa la tutela: actos legislativos, de gobierno, administrativos y jurisdiccionales, de autoridades federales y estatales; el recurso contra comportamientos omisivos.	135
25. Legitimación e interés para obrar (en nota: la teoría del interés para obrar, entendido como causa, en el ámbito de la teoría del abuso del derecho)	140
26. Carácter subsidiario del recurso constitucional y excepciones a esta regla	148
27. El proceso con una sola parte; los llamados “terceros interesados”	151
28. La relación de autonomía procesal y material entre la <i>Verfassungsbeschwerde</i> federal y las instituciones locales de carácter similar	154
29. Término para recurrir y requisitos de la interposición. .	158
30. Proceso de tipo inquisitorio (el principio de la <i>Offizialmaxime</i>)	159
31. Examen sumario preliminar (sobre el proceso y sobre el fondo) y providencias cautelares	162
32. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal..	164
33. Efectos del pronunciamiento; análisis de las disposiciones que los regulan: a) disposiciones generales	166
34. (Continúa) b) disposiciones relativas al recurso contra actos legislativos (eficacia declarativa, retroactiva y general de la resolución de acogimiento; iguales efectos cuando el recurso de legitimidad constitucional de la ley es conocido en vía incidental por el Tribunal Constitucional	170
35. (Continúa) efectos reflejos de la resolución de incons-	

titucionalidad de la ley sobre sentencias penales de condena (es admisible la <i>Wiederaufnahme des Verfahrens</i>) y sobre otras resoluciones jurisdiccionales, ya sea con carácter de cosa juzgada, o administrativas (es inadmisibles su ejecución); excluyéndose toda forma de resarcimiento o reparación	175
36. (Continúa) c) preceptos relativos al recurso contra actos jurisdiccionales y administrativos (eficacia casatoria de la decisión de acogimiento)	180
37. Casación con y sin reenvío	184
38. La relación entre la función del recurso, su estructura y los efectos de la resolución; se afirma la naturaleza de jurisdicción voluntaria del proceso constitucional de la libertad	186
39. <i>Ne bis in idem</i>	197
Capítulo V: Lineamientos de la <i>Verfassungsbeschwerde</i> introducida últimamente en los Estados de Renania-Palatinado y Hesse.....	
40. Ausencia de precedentes locales.....	199
41. Los dos tipos de "recurso constitucional" introducidos por la Constitución de Renania-Palatinado de 1947: a) el recurso constitucional proponible únicamente en vía incidental (contra actos legislativos y administrativos) y b) la <i>Verfassungsbeschwerde</i> como recurso proponible en vía principal contra las resoluciones de socialización .	201
42. La <i>Verfassungsbeschwerde</i> en la Ley de 12 de diciembre de 1947 sobre el <i>Staatsgerichtshof</i> de Hesse; su estructura y efectos.....	204
Conclusiones.....	
43. Fines y efectos metajurídicos de la institución: la <i>Verfassungsbeschwerde</i> como "coronamiento del Estado de Derecho". La exigencia ética y económica de la igualdad y dignidad humanas, como causa (elemento) de todo acto de imperio; el acto arbitrario como abuso del poder (acto ilícito), sujeto al conocimiento de la justicia constitucional de la libertad	209
Bibliografía.....	227

PRESENTACIÓN

Domingo García Belaunde

Los problemas del control constitucional son, en cierto sentido, relativamente nuevos. Si dejamos de lado los antecedentes que nunca faltan, ellos tienen su partida de nacimiento en la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* del eminente John Marshall, que no obstante su trascendencia, tomó mucho tiempo en asentarse. De hecho, su plena aceptación viene recién en el siglo XX, al compás de ciertos problemas que fueron resueltos oportunamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Pero todo esto que ha dado origen al llamado “modelo americano”, se hacía dentro del órgano judicial; que además resolvía un sinfín de causas de muy distinto orden y utilizando instrumentos procesales previamente existentes y algunos que se remontaban a varios siglos atrás (entre ellos, los célebres *writs*).

Así sucedió en América, primero la sajona y luego la iberoamericana, esto es, los antiguos pagos de los imperios español y portugués. En Europa, seducida por el mito del legislador, nada de esto se supo o por lo menos no fue debidamente apreciado sino hasta la Gran Guerra. Fue entonces que con el reordenamiento territorial de grandes espacios geográficos fruto de las deliberaciones de los aliados en París (1919) se formalizó la existencia de nuevos países (Austria, Checoslovaquia...) que trajeron como era de esperarse otros cuestionamientos. Más aún cuando surgieron nuevas instituciones como el Tribunal Constitucional, primero en Austria (1919-1920) y luego en Checoslovaquia (1920). Que luego serían imitados en la misma Europa por España, que inauguró poco después la Segunda República, de tan triste destino (1931-1936).

Estas realidades jurídicas que ofrecía el viejo continente, dieron pie -a diferencia de la experiencia norteamericana- a algunas reflexiones teóricas sobre lo que significaba ese accionar ante órganos autónomos investidos de especiales calificativos y atributos, como era la jurisdicción. Y si bien algo existía en la literatura latinoamericana del siglo XIX, solo en este periodo se plantean reflexiones de largo alcance, en especial en la década de 1920 (Lambert, Hauriou, Duguit, Waline, Kelsen, Eisenmann, Jerusalem...). Las más agudas fueron sin lugar a dudas las que por entonces sostuvo Kelsen en 1928 y que no solo discutió en la comunidad germánica (lo muestra, con creces, su ácida polémica con Schmitt) sino en el seno de la comunidad francesa (en donde tampoco cautivó a na-

die). Kelsen sin lugar a dudas, afrontó serios problemas no solo de fundamentación sino de procedimiento. Y todo lo hizo desde la "Teoría del Estado" como por lo demás lo dice en forma expresa. No necesitó la "Teoría del Proceso", muy avanzada en esa época, pues es probable que quizá ni la conociera. Pero aun así, sus atisbos son espectaculares.

Es desde esta experiencia institucional europea y de las inquietudes de los maestros que acabamos de mencionar, que parten las reflexiones de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, primero en España (1931) y luego en la Argentina (1944) a donde llegó en duro exilio que lo tuvo más de treinta años lejos de su patria. Pasó luego a México donde siguió cultivando los mismos temas, todo lo cual reforzó el nacimiento (desde 1944 y en Buenos Aires) de una nueva disciplina: el "Derecho Procesal Constitucional" a la que entendió, como no podía ser de otra manera, como procesal y con sus propias reglas, si bien subsumida dentro de la teoría general del proceso.

A partir de ahí viene todo lo demás, influenciado directa o indirectamente por este hecho. Es México precisamente el punto de partida en el que se asienta en definitiva y en donde la problemática avanza en forma lenta, pero sin retrocesos. Fruto de los desvelos de Alcalá-Zamora será la renovación de los estudios procesales en México, la aparición de una nueva hornada de juristas y el afianzamiento de la nueva disciplina por él descubierta, bautizada y diseñada. El que más destacó en la nueva área y que contribuyó decisivamente a su configuración teórica fue Héctor

Fix-Zamudio, quien en 1955 imprimió y presentó su tesis de licenciatura titulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del Amparo* y que defendería en el mes de enero del año siguiente, en 1956, efemérides, como bien ha señalado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de singulares sucesos académicos. Ese mismo año, a fin de subsanar el corto traje de la tesis, la difundió parcialmente en revistas especializadas mexicanas y en 1964 la incluyó íntegra en un libro de ensayos que tuvo amplia circulación.

Ya por esa época había entrado en contacto con la comunidad procesal mexicana un eminente maestro: Piero Calamandrei y uno de sus discípulos, quien más tarde brillaría con luz propia: Mauro Cappelletti (1927-2004).

Curiosamente, ese mismo año de 1955, Cappelletti publica su primera monografía clásica: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, o sea, la jurisdicción constitucional de las libertades (así, en plural) y lo hizo en el sello de la prestigiosa editorial Giuffrè de Milán. El libro aparecía como un *primo Studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamento tedesco, svizzero e austriaco)*, o sea, un estudio sobre el recurso constitucional con especial referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. La obra aparecía dentro de una colección de *Quaderni* de la Asociación para los estudiosos del proceso civil y presentaba al autor como *Assistente* en la Universidad de Firenze.

La obra, factura de un procesalista con sólida formación constitucional -requisitos ambos para afrontar tan delicado problema- tuvo un gran éxito, a tal extremo que el propio autor nunca más volvió sobre ella. Se limitó simplemente a autorizar su reimpresión por la misma editorial en años sucesivos: 1971, 1974, 1976... Pero como era de esperar, volvió sobre los mismos temas dentro de otros contextos, con mayores desarrollos y más amplias perspectivas. La obra misma de Cappelletti, si bien no muy extensa y más bien de corte ensayístico, es sólida, profunda y tremendamente original.

Lo interesante de Cappelletti es que mantuvo un interés en ambos mundos: se alejó, pues, desde un comienzo, de ese eurocentrismo que muchas veces consume a las grandes mentalidades europeas y en especial a muchas españolas, encandiladas al parecer por el "destino eterno de Europa". Por el contrario, Cappelletti viajó mucho, escribió sobre los más diversos problemas relacionados con el control constitucional y por cierto con el proceso y el proceso civil, dio conferencias y participó en eventos en varios de nuestros países, y fue traducido y publicado con bastante frecuencia. Era, todo, pues, menos un desconocido.

El libro primigenio de 1955 fue prontamente traducido al castellano por quien con los años sería un eminente maestro: Héctor Fix-Zamudio y lo fue en 1961. El traductor, con expresa autorización del autor, trocó ligeramente el título por uno de mayor plasticidad y atractivo: *La jurisdicción constitucional de la libertad* (en singular), y ha tenido desde entonces una

suerte extraordinaria y una aceptación pacífica para precisamente designar a los procesos constitucionales de defensa de la libertad. Pero curiosamente, nunca jamás fue reeditado, por lo menos oficialmente y con las autorizaciones del caso.

La traducción castellana, como decía, apareció en 1961 con un pulcro prólogo de Mariano Azuela y con un extenso como documentado apéndice debido al traductor: "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana" que es tan extenso como la misma obra. El libro tiene los siguientes complementos bibliográficos: Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas), Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México 1961, 247 páginas.

La obra se reproduce tal cual, con la excepción, lamentable por cierto, del importante apéndice que entonces preparó Héctor Fix-Zamudio, pero que lo hemos hecho por especial pedido de su autor. Y esto por cuanto ese estudio se encuentra ya incluido en su libro sobre el Amparo publicado en 1964, y que tuvo amplia difusión, y porque además, como es obvio, el mismo Fix-Zamudio ha seguido publicando mucho sobre el mismo tema y ha ido más lejos que sus primeras reflexiones. De hecho, la postura actual del maestro Fix-Zamudio cabe encontrarla en un libro medular titulado *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano* (3.^a ed., 2010).

En cuanto a Cappelletti se refiere, como ya lo adelanté, no se limitó a Europa, sino que viajó a otros continentes y muchas veces a nuestra América. A

México llegó por vez primera en 1960 y esa visita la repitió y la hizo extensiva a otros países. Fue además profesor visitante en la Universidad de Stanford – lo que lo llevó a difundir en ese medio sus propias investigaciones en libros y artículos publicados en inglés – y llegó también al Perú en 1994, invitado especialmente por la Universidad de Lima. En lo personal, tuve el privilegio de conocerlo y tratarlo en noviembre de 1977, en el Encuentro de Sochagota (Colombia) en donde presentó una nueva faceta de su rica construcción intelectual: la jurisdicción constitucional supranacional.

Redondeó así todas las aristas de lo que era su preocupación inicial: la necesidad de que existieran procesos que defendieran a la persona humana en sus más vitales atributos.

La obra que ahora presentamos se hace con la expresa autorización del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que nos la concedió expresamente su entonces Director Diego Valadés, así como del traductor, Héctor Fix-Zamudio, a quienes reiteramos nuestro sincero reconocimiento.

Es de esperar que esta obra, que solo se conocía de referencias o por el malvado sistema de las fotocopias, pueda llegar ahora a manos del público estudioso y del interesado en general.

Lima, junio de 2010

INTRODUCCIÓN

SUMARIO. 1.— Razón del presente estudio (observaciones sobre la necesidad del establecimiento en el ordenamiento jurídico italiano de una “jurisdicción constitucional de la libertad” para hacer efectivos los derechos fundamentales). 2.— La Verfassungsklage en la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Federal Constitucional alemán y referencia a la institución similar prevista pero no realizada en la Constitución de la Paulskirche (Iglesia de San Pablo) de 1849.

1. Una de las materias que atraen más intensamente en la actualidad la atención de los estudiosos se refiere a los llamados “derechos de libertad”, o sea, “los derechos fundamentales del hombre”. Las modernas cartas constitucionales de los pueblos dedican a estos derechos partes importantes y a veces preponderantes, aunque sean diversas, de acuerdo con los tiempos, lugares e ideas, su configuración concreta y su tutela jurídica. En cuanto a la ciencia jurídica, con los métodos más dispares

("jusnaturalista", "normativista", "sociológico", etc.), ha contestado y sigue respondiendo a las interrogantes sobre la naturaleza y, por tanto, sobre la estructura, la función y los efectos de estos derechos.

Vuelven a plantearse, en parte, discusiones anteriores, y se controvierte aún sobre los elementos, tanto subjetivos (titulares de los derechos y obligaciones) como objetivos, las causas y los fines, etc., de los derechos subjetivos públicos y, especialmente, del derecho de acción; es decir, se discute si tales derechos se dirigen hacia o contra el Estado (y es precisamente en ese "contra" donde radica el primero o uno de los primeros problemas)¹.

Lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al "hombre", o más bien, al "individuo" (garantías individuales son designadas, por ejemplo, en la vigente Constitución mexicana de 1917, en tanto que la Constitución republicana española de 1931, los llamaba garantías individuales y políticas), están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica, así como frente a una ley o a una sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados; son afectados en su derecho de libertad, que en el fondo

1 Ver *infra*, n. 38.

es uno sólo (o mejor dicho, está en la base, es la causa de todos los derechos) por lo que pertenece a todo hombre y su lesión hiere a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad. La repercusión tan amplia que asume actualmente la infracción de los derechos fundamentales del individuo tiene su origen en que casi siempre tutelan intereses que trascienden a los mismos pueblos y a los ordenamientos nacionales (además de los particulares), y por ello son fácilmente comprensibles los esfuerzos para establecer en el plano internacional una protección jurisdiccional de tales derechos².

-
- 2 Una interesante exposición de estos esfuerzos está contenida en la conferencia del jurista mexicano TENA RAMÍREZ, F., "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", leída en abril de 1954 en la Ciudad de México con motivo del Congreso Anual de la Unión Internacional de Abogados. Interesa aquí, más que la fórmula contenida en el Pacto de Bogotá estipulado entre varios Estados americanos en la primavera de 1948 —según el cual "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"—, el artículo 8 de la "Declaración Universal de los derechos del hombre", proclamada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Este artículo, cuya inserción en la Declaración tiene su origen en una propuesta de la delegación mexicana, y fue aprobado casi por unanimidad y está así formulado (consigno el texto original en lengua castellana, porque el traducido al italiano, tal como ha sido aprobado por el gobierno italiano, no me parece correcto; éste en efecto, habla de un *diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso* (derecho a una efectiva posibilidad de recurso) y no de un *ricorso effettivo*, o sea eficaz, y por tanto no traduce ni siquiera la fórmula que la ampare,

la cual es precisamente la que postula una eficacia particular del recurso que debe ser tal, *que pueda eficazmente proteger* al individuo lesionado; mucho más correcto es el texto en la traducción aprobada por el gobierno de Bonn, donde se habla del derecho *auf wirksamen Rechtschutz* (a una protección efectiva). "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (el último inciso "o por la ley" proviene de la observación hecha por las delegaciones británica y australiana, sobre que en algunos ordenamientos "de Constitución no escrita" los derechos fundamentales no pueden estimarse reconocidos "por la ley"). Este artículo resulta aclarado con posterioridad, si se toma en consideración el artículo 2, parágrafo 2 del "Proyecto de Pacto Internacional" elaborado en 1949 en Lake Success por la "Comisión de los derechos del hombre" encargada, por la Asamblea de París, de desarrollar la Declaración Universal en una serie de convenciones internacionales. "Las Altas Partes contratantes se comprometen a asegurar a todo individuo cuyos derechos y libertades definidos en el presente Pacto hubieren sido violados, un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales competentes, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuasen en ejercicio de funciones oficiales" parágrafo al que le fueron agregados otros dos, que vinieron sucesivamente a constituir, juntamente con el primero, el artículo 3 del Proyecto; el segundo de dichos párrafos es muy importante en cuanto se refiere a los efectos del recurso: "(Las Altas partes contratantes se comprometen) c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de las decisiones favorables recaídas en dicho procedimiento". Debe hacerse notar finalmente, que el referido artículo 2, parágrafo 2 del Proyecto elaborado en Lake Success, ha sido incluido también en la "Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales" (artículo 13), celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1950 por varios Estados europeos y promovida por el Consejo de Europa.

Esta trascendencia “ultra-individual” de los derechos fundamentales del “individuo”, tiene su origen en la naturaleza de su objeto, es decir, del bien protegido por los mismos, así como en el hecho de que (cuando asumen la naturaleza de verdaderos derechos) les corresponde una obligación, o más bien, una sujeción del Estado, o al menos (como yo creo) de los individuos que personifican y actúan por el mismo Estado; lo que ha constituido un gran obstáculo para la creación de una eficaz garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales (y por tanto diferenciada, o más bien dicho, adecuada a la naturaleza peculiar de tales derechos) librada a la iniciativa individual y consistente en un recurso contra los actos lesivos de imperio. Y cuando en algunos países se han superado los obstáculos, con frecuencia tras laboriosas tentativas no siempre pacíficas, y de penosos fracasos, se observa que la particular naturaleza del objeto de los derechos fundamentales repercute de diversa manera, tanto en la estructura de las relaciones sustanciales y procesales, como sobre la naturaleza y los efectos de la resolución que declara fundado el recurso contra el acto inconstitucional. Veremos, por ejemplo, que en Suiza³, pero principalmente en el Estado Libre de Baviera⁴, la legitimación y el in-

Esta Convención debería entrar en vigor, en cada uno de los Estados estipulantes, a continuación de su ratificación por parte de los órganos competentes de cada Estado particular; lo que ya se realizó en Alemania Occidental. Cfr. HARTUNG, P., *Die Entwicklung der Menschen-und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 2, Göttingen, 1954, p. 123.

3 Ver *infra*, n. 5.

4 *Infra*, n. 21.

terés para obrar contra actos legislativos violatorios de las situaciones subjetivas constitucionales de carácter activo, se configuran de manera particularísima, hasta el punto de originar en Baviera una verdadera y propia "acción popular", en la que la legitimación y el interés pertenecen a *quisquis de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio. Y veremos también cómo en el procedimiento respectivo, no obstante que se instaura a iniciativa de parte y nunca de los órganos del Estado, impera el principio de la investigación oficial de la verdad (*infra*, número 30) como una consecuencia de la naturaleza de la relación deducida en juicio, que si bien es atribuida al individuo, se refiere a un bien que rebasa al mismo individuo; y cómo al juez constitucional le corresponden necesariamente amplias facultades para dictar providencias urgentes y cautelares (*infra*, números 26 y 31), y también por esta causa, los efectos de la resolución que estima fundado el recurso son frecuentemente de carácter general y no limitados *inter partes* (*infra*, números 33 y ss.); cómo también los principios tradicionales de la cosa juzgada deben ceder, en la mayor parte de los casos, ante la naturaleza "ultraindividual" y "fundamental" del derecho de libertad deducido en juicio (*infra*, números 36 y ss.). De la misma manera, es posible notar que en los ordenamientos que examinaremos en las páginas siguientes, el procedimiento asume la estructura de un proceso con una sola parte, aunque otorgue el derecho de intervenir con limitados efectos y con reducidos poderes, a una serie de "terceros interesados", lo que nos hace pensar

desde ahora en una finalidad preventiva de la institución, más bien que en la función de composición de una lite ya existente⁵.

Por consecuencia, me parece indudable que los “derechos fundamentales”, inclusive aquellos llamados “sociales”, en su esquema más elemental, atribuyen o, más propiamente, consisten (si son verdaderos derechos), en un poder, en un *jubere licere* de los *individuos particulares*; así, cuando la Constitución italiana dice, por ejemplo, que: “todo ciudadano es libre de salir del territorio de la República y de regresar a él, salvo las obligaciones establecidas por la ley”, parece evidente que en virtud de esta disposición, nace en beneficio de cada ciudadano un derecho subjetivo, que tiene su correspondencia en la obligación del Estado, o más correctamente, del funcionario relativo (*infra*, número 38), de no contestar con una negativa o, como es costumbre, con el silencio, a aquél que, regularmente y con la observancia de las “obligaciones de la ley”, solicita autorización para abandonar el país. El Estado, o más bien dicho, el funcionario, debería encontrarse en un estado de sujeción respecto al poder de la voluntad, del *jubere licere*, del ciudadano⁶.

No sé si este ejemplo es feliz, ya que tal vez pudieran encontrarse algunos más apropiados, pero el hecho es que en la práctica que se sigue en Italia, el ciudadano no tiene frente al Estado y sus funcionarios,

5 Ver principalmente los números 27 y 38.

6 Es la llamada reserva de la ley ordinaria, sobre la cual, cfr. por ejemplo BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua, 1953, pp. 230 y ss.

ninguna o pocas posibilidades de mando en lo que se refiere a las libertades individuales. No obstante que los referidos derechos fundamentales han sido consagrados constitucionalmente y que por esta circunstancia deberían estimarse como de "más fuertes" que los ordinarios, en realidad son mirados con poca confianza por sus destinatarios y con poco respeto por aquéllos que deberían acatarlos⁷. ¿Por qué?

Es esta la pregunta que inicialmente me he planteado y que constituye asimismo el problema que me ha enseñado a estudiar la escuela científica a la cual tengo el inmerecido honor de pertenecer. He creído necesario prepararme para afrontarlo, realizando previamente algunos estudios de aproximación o interlocutorios, efectuados fuera de mi país, y de los cuales es el presente el primero en ser publicado, no obstante que otro ensayo (sobre el juicio de amparo mexicano examinado en sus relaciones prácticas y

7 Una gran mayoría de la doctrina ha sostenido la teoría que niega los derechos fundamentales; ver por último, una exposición y refutación en VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, 1947, pp. 149 ss, 176 ss; con amplia bibliografía. De la teoría (ROMANO, CROSA, RASELLI; a la cual se adhiere GUARINO, "Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime", en *Jus*, 1951, p. 380, en nota), según la cual los derechos fundamentales descenderían normalmente a intereses legítimos, VIRGA, *op. cit.*, p. 160 texto y nota 52.

También BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, *op. cit.*, p. 162, deplora que la protección de los derechos fundamentales no haya alcanzado jamás un grado suficiente para asegurar la completa y absoluta efectividad del ejercicio de las "libertades".

teóricas con instituciones antiguas y modernas, tanto anglosajonas como españolas, brasileñas y de otros países de la América Latina) estaba casi concluido antes de que este naciera; en esos estudios he investigado y seguiré investigando, la existencia en otras naciones de cualquier institución capaz de realizar en forma efectiva los derechos fundamentales, examinando, además, las causas y formas de su establecimiento y los problemas que puede hacer surgir. Un modo, diríamos, diferenciado, reforzado, diferente por su estructura, y fundamentalmente por sus efectos, del que se persigue en los juicios ordinarios. Es esta diferenciación y, por tanto, la existencia en el ámbito de la "jurisdicción constitucional" de un tipo particular de "jurisdicción constitucional de la libertad" (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*), la que falta en Italia, y su ausencia determina, en el mayor número de casos, la inadecuación de la tutela y, consiguientemente, provoca la ineficacia del derecho, o más precisamente, de la "situación activa" contenida en la Constitución⁸.

8 Del dato indudable proveniente de las peculiaridades estructurales y funcionales del derecho fundamental, puede deducirse, a mi juicio, la exigencia de una garantía diferenciada y vigorosa (cfr. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Diritto costituzionale*, 3, Nápoles, 1954, p. 437), la exigencia, por tanto, de un tipo autónomo y unitario de jurisdicción, que podría llamarse jurisdicción constitucional de la libertad; dotada de las características que han sido indicadas (*supra*, p. 15 y ss.), y que en seguida se especificarán en el análisis de las varias instituciones (ver sobre todo el n. 38).

La exigencia de una jurisdicción autónoma no ha alcanzado hasta ahora consagración legislativa en el ordenamiento italiano; pero sí en nuestra doctrina (ver para todo, BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, *op. cit.*, pp. 159 y

ss., especialmente pp. 202 y ss.) que frente a la bipartición de las jurisdicciones ha sido constreñida a subsumir el problema en los viejos esquemas del derecho subjetivo y del interés legítimo, para atribuir al juez ordinario la tutela de los “derechos subjetivos” constitucionales, y al juez administrativo la de los llamados “intereses legítimos” y “derechos debilitados” (debilitados, precisamente, frente a la actividad discrecional de imperio). Y antes al contrario, toda vez que no siempre los llamados “derechos” fundamentales están provistos en nuestro ordenamiento ni siquiera de las garantías propias de los (ordinarios) “derechos subjetivos” e “intereses legítimos”, nuestra doctrina debe trabajar ahora sobre ulteriores distinciones entre las “situaciones subjetivas activas” constitucionales, tales como las distinciones —eficacísimas— introducidas por LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costit. italiana*, Padua, 1953, pp. 8 y ss., entre meras “situaciones recomendadas, y situaciones indirectamente garantizadas y directamente garantizadas”, estas últimas a su vez divididas en “accionables” (si para su garantía se ha dado al sujeto un derecho de actuar o de acudir a los órganos jurisdiccionales) y “no accionables”. Pero no parece que estas distinciones, ni otras análogas como aquélla entre derechos subjetivos y derechos reflejos o reflejos del Derecho (ver PIERANDREI, *I diritto subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Turín, 1940, pp. 113 y ss.), —de las cuales sin embargo no se niega su extraordinaria importancia también en la vida de nuestro ordenamiento (y por tanto en la historia de nuestra libertad); podrían obtener derecho de ingreso en la justicia constitucional de la libertad, una vez que ésta fuese construida, como lo ha sido en Alemania y en Suiza, como jurisdicción única y diferenciada para la tutela de “todas las ‘situaciones subjetivas activas’ fundamentales”; ver *infra*, pp. 36 y ss. (Así por ejemplo, HUBERT, H., *Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe, 1954, p. 13, quien advierte que: “la teoría de los derechos subjetivos públicos y su distinción de los meros reflejos del Derecho, ha ejercitado, respecto de la legitimación,

un influjo del todo pasajero y marginal sobre la jurisprudencia suiza. Existen, por el contrario manifiestamente y con buen éxito, resoluciones apoyadas únicamente en el concepto de "intereses jurídicamente protegidos"; y también FLEINER, F. y GIACOMETTI, Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, p. 883; mientras a su vez la Corte Constitucional austriaca reconoce verdaderos derechos subjetivos constitucionales en todos los "intereses suficientemente individualizados" que sean garantizados por la norma constitucional; cfr. ADAMO-VICH, L., *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts* 4, Viena, 1947, p. 315). Verdad es que por su misma naturaleza los derechos fundamentales, o al menos algunos de ellos — piénsese por ejemplo en el "derecho de igualdad frente a la ley" (artículo 3, párrafo 19 de la Constitución italiana, 4 de la Constitución suiza; 7, párrafo 1 de la Constitución austriaca, 3, párrafo 1 de la Constitución de Bonn)— tienen confines muy vagos (cfr. FECHER E., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tubinga, 1954, especialmente en las páginas 1 y ss. y 24 y ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 22); de manera que las normas que los establecen, por la indeterminación de sus propios contornos permiten en quien los aplica, un amplio margen de discrecionalidad en su interpretación. Pero si esto hace más delicada la tarea del intérprete (y será una razón de más para imponer la exigencia de un tipo particular de proceso "constitucional" y de un juez particular, *superiorem non recognoscens*, especializado y calificado en dicha interpretación, la que adquiere de esta manera caracteres acentuadamente creativos; ver DRAHT M., "Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft IX, Berlín, 1952, pp. 94 ss; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., pp. 20 y ss; HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tubinga, 1931, *passim*); no es posible, sin embargo, en los ordenamientos en los cuales exista una eficaz "jurisdicción constitucional de la libertad" capaz de actuar aquélla que DRAHT llama la *rechtsschöpferische Konkretisierung* (concretización creadora de Derecho), de los

Grundrechte, hacer descender dichas normas a la categoría de prescripciones meramente programáticas, ni los citados derechos al rango de meros reflejos del derecho si con estas fórmulas se entienden normas y derechos privados de una inmediata autoridad preceptiva (y por tanto, en realidad, no verdaderas normas ni verdaderos derechos: cfr. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. italiana*, op. cit., pp. 9 y ss.)—, como reconoce actualmente la doctrina y la práctica prevalentes tanto en Suiza como en Alemania. (Cfr. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 17 y ss.; FECHNER, op. cit., pp. 27 y ss.; pero las citas podrían ser interminables y en cuanto al Derecho Positivo se puede recordar el artículo 1, párrafo 3, de la Constitución de Bonn, en el cual se ha establecido precisamente, que: “Los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes legislativo, administrativo y jurisdiccional, como imperativos jurídicos inmediatamente vigentes”; y sobre esta disposición, ver para todo a VON MANGOLDT, H., *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlín, 1953, sobre el artículo 1; para la doctrina alemana menos reciente; PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, op. cit., pp. 126 y ss; ver sobre esta materia, también *infra*, pp. 36 y ss. y los números 23 y 43, pp. 145 y ss. Probablemente nuestro constituyente, al formular el artículo 2 de la Const. “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre”— se había propuesto hacer efectivos siempre estos derechos, o sea, atribuir una eficaz garantía a todas las situaciones subjetivas fundamentales; pero no se puede seriamente negar que dicho intento no ha sido alcanzado la mayoría de las veces). Así también en la doctrina mexicana, país en el cual existe precisamente una jurisdicción constitucional de la libertad, sin embargo no falta la distinción, más que entre derechos perfectos y no perfectos, entre actividades discrecionales y vinculadas de la autoridad pública (ver la bella conferencia, de AZUELA, M., *El aspecto formal del Amparo. Esquema de su evolución histórica y de su estructura general*, leída en el Congreso de la Unión Internacional de

Abogados en 1954, publicada en el volumen "México ante el pensamiento Jurídico Social de Occidente", México, 1955, pp. 77-88), por lo que correctamente se ha llegado a afirmar, que todas las normas sobre los derechos fundamentales del hombre (contenidas en los llamados *superartículos* del 1 al 29, de la Constitución) son normas de aplicación inmediata; y que no es concebible que los derechos, establecidos por estas normas, pierdan eficacia por el ejercicio de un poder, más bien, de una potestad, "discrecional", sino cuando tal potestad "encuentra su fuente en la norma constitucional misma y se ejercite constitucionalmente", esto es, en los límites y modos constitucionalmente establecidos; sólo en tal caso, porque no es posible la coexistencia de dos poderes de mando "de número igual y de signo contrario" (derecho de libertad del individuo y potestad de sujeción de la autoridad pública), el derecho fundamental pierde su valor, sin dejar detrás de sí ningún "reflejo de derecho" o "interés legítimo" (ver por ejemplo BURGOA, I., *Las garantías individuales*, México, 1954, pp. 110 y ss.). Me parece, por lo demás, que aun entre nosotros este último concepto denota, como yo creo, no algo que no es derecho subjetivo, sino solamente una particular categoría de verdaderos y propios derechos subjetivos (reunidos bajo el concepto común "del derecho de los sujetos particulares a no sufrir, por obra de un acto administrativo ilegítimo, un perjuicio genérico", o sea, diverso de aquél consistente en la violación de cualquiera otro específico derecho subjetivo; en otros términos, el derecho no tanto a la legitimidad de los actos administrativos, cuanto a la propia inmunidad frente a actos objetivamente ilegítimos); o bien indica, como ha sido sostenido por otra parte, solamente la titularidad de una situación subjetiva activa de naturaleza exclusivamente procesal, no sustancial (ver por ejemplo, GIUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3, Padua, 1954, p. 43); ser titular del "interés legítimo" significará, entonces, poseer la legitimación y el interés (y por tanto el derecho subjetivo "perfecto" procesal) de acudir ante un órgano judicial para la tutela, no de un propio derecho sustancial, sino de la objetiva legitimidad de

Volviendo al ejemplo anterior, podemos preguntarnos si alguien puede tener la paciencia, medios y valor de demandar al Estado o a alguno de sus órganos, ante un tribunal, por haber negado el pasaporte a un ciudadano⁹. Y sobre todo, cuál sea la eficacia de una eventual acogida de la demanda propuesta, años antes en juicio¹⁰. Ciertamente no es una eficacia directa, sino a lo sumo, satisfactoria o reparatoria, como es bien sabido¹¹. Pero precisamente esa reparación obtenida

los actos públicos de imperio (cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2, Nápoles, 1936, pp. 128 y ss.). Se trataría, en sustancia, de una excepción vastísima a la norma general por la cual no se puede (esto es no se tiene) el derecho de hacer valer en juicio más que el derecho propio; de sustitución procesal hablaba precisamente GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 2, Padua, 1943, p. 38. (De estas premisas debería desprenderse desde un punto de vista funcional, aunque no estructural, la falta de contenciosidad del llamado "contencioso administrativo", en el cual la controversia versa sobre la legitimidad objetiva de un acto y no sobre la investigación de la prevalencia jurídica entre dos pretendidos derechos subjetivos, o sea, frente a dos intereses contrastantes de los cuales *hinc es inde* se pretenda la tutela; ver GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milán, 1950, p. 26, con referencia a Giucciardi, Piccardi y Saraceno).

- 9 Sobre la competencia de la autoridad judicial ordinaria, cfr. para todo BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, *op. cit.*, pp. 222 y ss., 123 y ss.
- 10 Es notorio que en nuestro sistema no existen instituciones similares a la *injunction* americana y a los *writs* ingleses, capaces de permitir al juez ordinario decretar la suspensión de la resolución administrativa impugnada. Cfr. BARILE, *op. cit.*, pp. 205 y ss.
- 11 Artículo 4 de la Ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248. Y sin perjuicio de la obligación de la autoridad administrativa de

con retardo, por vía indirecta o por “equivalente”, es incompatible con la naturaleza misma del derecho fundamental, porque si tiene ese carácter, es precisamente porque el bien que constituye su objeto no puede ser substituido con otros¹², y también porque como se ha dicho con anterioridad, ese bien pertenece a todos, y por tanto (en ese sentido), puede calificarse como “social”, no obstante que se divida en innumerables objetos y se esquematice en relaciones jurídicas individuales¹³.

sujetarse por los tribunales (artículo 27, párrafo 1, n. 4, del texto unificado de 26 de junio de 1924, n. 1054, de las leyes sobre el Consejo de Estado). Ver para todo, GARBAGNATI, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

12 Ver *infra*, n. 35. Para el ordenamiento suizo, n. 7.

13 Aunque yo no considere que una relación jurídica y por tanto un derecho subjetivo exista solo en cuanto sea tutelado jurisdiccionalmente, creo sin embargo útil mencionar un pensamiento de KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. italiana de COTTA S. y TREVES, G., Milán, 1952, pp. 241 y 271), quien, después de haber expresado que “un catálogo de las libertades o derechos de los ciudadanos forma una parte típica de las constituciones modernas” y después de haber dicho que ese catálogo está establecido, por ejemplo, en las primeras diez enmiendas, que constituyen el *Bill of Rights* de la Constitución de los Estados Unidos de América, advierte que las prohibiciones y los mandamientos contenidos en estas enmiendas están dirigidas a los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y jurisdiccional, “atribuyendo al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra, solamente si tiene la posibilidad de actuar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano, y especialmente si puede iniciar un procedimiento que lleve a la anulación del acto inconstitucional”. En consecuencia,

Pensemos también en la ausencia, en el ordenamiento jurídico italiano, de una tutela jurisdiccional del individuo frente a la función gubernamental, la que puede manifestarse no solamente en la limitación o suspensión, por “causa de necesidad urgente”, de algunas libertades constitucionales del ciudadano, sino también en que su inercia “puede provocar y de hecho provoca, la desaplicación concreta de algunas situaciones activas” (como ocurría en la propia Italia hasta antes del funcionamiento de la Corte Constitucional), en tanto que “una dirección política de carácter inconstitucional puede volver inoperantes, en forma concreta, las normas constitucionales, aun las de carácter preceptivo, que son las que establecen situaciones activas”¹⁴. Y si se piensa, finalmente, en el

KELSEN vincula la existencia del derecho subjetivo no sólo a la existencia sino a la eficacia (o “efectividad”) de la tutela.

- 14 BARILE, *Il soggetto privato nella Cost. italiana, op. cit.*, pp. 79 y ss., 170 y ss., (las palabras entre paréntesis están en la página 171: en la nota se menciona, como ejemplo de inercia de la función de gobierno, la falta de revisión de la ley de policía; pero otros numerosos ejemplos, tanto o más graves, se podrían recordar ahora, tales como la falta de revisión de los códigos militares y desde luego la falta de creación de órganos fundamentales como el Consejo Superior de la Magistratura, los órganos regionales, etc.); ver también BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 3, Milán, 1953, p. 314.

Sobre la impugnabilidad de los actos de gobierno, lesivos de situaciones subjetivas activas, mediante el “recurso constitucional”, *infra*, nota 257; sobre la impugnabilidad de comportamientos omisivos, *infra*, n. 24. En nuestro ordenamiento, por el contrario, contra las ilegitimidades constitucionales cometidas en la función de gobierno son otorgados los siguientes remedios, los que no tienen carácter

hecho de que algunas leyes están dotadas de una fuerza constitutiva concreta, actual y personal (las llamadas leyes autoaplicativas o autoejecutivas, es decir, las que crean de manera inmediata restricciones a las facultades u obligaciones de determinados sujetos o categorías bien definidas de sujetos, los cuales, en el momento mismo en el cual la ley entra en vigor, se encuentran ya “prejuzgados” por ella, sin necesidad de que se realice un hecho que transforme la hipótesis legislativa en mandamiento concreto)¹⁵; y que contra su ilegitimidad constitucional, aparecen por tanto, al menos en algunos casos, inadecuados no solamente el sistema de declaración incidental y difusa, que provisionalmente estuvo vigente en Italia hasta el establecimiento de la Corte Constitucional (artículo VII transitorio de la Ley Suprema), sino también el de la declaración concentrada y general que debe promo-

jurisdiccional (enumerados por BARILE, *op. cit.*, pp. 173 y ss.; sostiene por el contrario la abrogación con apoyo en el artículo 113 de la Constitución, y del artículo 31 del texto unificado de 26 de junio de 1924, n. 1054, CRISAFULLI, “Efficacia delle norme costituzionali ‘programmatiche’”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 375): investigaciones, interpelaciones, mociones y votos de desconfianza en el Parlamento; mensaje presidencial “estimulante” a que se refiere el artículo 87, párrafo 29 de la Const., y disolución del Parlamento; peticiones y presentaciones de proyectos de ley de iniciativa popular; finalmente, obstruccionismo parlamentario, desaprobación de los balances, resistencia colectiva. (Como veremos, es precisamente este derecho de resistencia, o sea en sustancia, de autotutela, aquel que, mediante el recurso constitucional, se transforma en derecho de acción: *infra*, n. 43).

15 Ver *infra*, n. 25, texto y notas 266 y 267.

no es exclusiva de Italia, pero en otros lugares ha sido, o está en vías de serlo, radicalmente transformada, mediante la creación de un medio de tutela jurisdiccional, no solamente general, es decir, para la defensa de todas las "situaciones activas fundamentales" del sujeto privado frente al Estado, sino también eficaz o reforzado, todo lo cual se obtiene conformando tanto la estructura del procedimiento como la composición, la autoridad y los poderes del tribunal, sobre las peculiaridades de la función ejercitada. Función, repito, que tendrá necesariamente, en la mayor parte de los casos, una eficacia similar a la legislativa y una naturaleza francamente creadora, sin que por esto deje de ser, a mi modo de ver, función jurisdiccional²⁸. Es claro que en ese sistema, todas las situaciones subjetivas fundamentales de carácter activo, encuentran una tutela, o sea, que se configuran como situaciones "accionables", porque aún las más genéricas, o sea, las contenidas en las disposiciones que nos parecen un programa (*klingen wie ein Programm*), y la mayoría de las cuales son excluidas por la doctrina italiana de la categoría de verdaderos y propios derechos subjetivos (como lo que ocurre, por ejemplo, respecto del "derecho de

al legislador) ha sido entendida por nuestra jurisprudencia de manera de hacer entrar en estas últimas, la mayor parte de las normas constitucionales de las cuales nos estamos ocupando (o sea aquéllas sobre los "derechos de libertad"). Ha sido esta ciertamente *una de las principales causas de la falta de actuación de nuestra Constitución*. Ver también CALAMANDREI, "La Costituzione e le leggi per attuarla", *op. cit.*, pp. 255 y ss.
 28 *Infra*, especialmente a las notas 327 y 365.

verse a través de la “prejudicial constitucional”, que es el que actualmente está en vigor¹⁶, este último sistema previsto en los artículos 134 de la Constitución, 1 de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1, y 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, número 87. Ambos sistemas presuponen, en efecto, la pendencia de un proceso “principal” en el que tendría aplicación concreta la ley de la que se afirma su inconstitucionalidad, y es por esta aplicación, o bien por la aplicación concreta ya realizada por la autoridad pública o por otros sujetos, inclusive privados (y contra la cual se solicita precisamente la tutela a través del juicio), por la que nace o amenaza nacer el perjuicio para una de las partes. Por el contrario, las leyes “autoejecutivas” operan concretamente por sí mismas, sin necesidad de un acto (la “norma individual”) que las aplique; de manera que el sujeto privado, para ser efectiva y plenamente tutelado, debe tener la posibilidad de actuar de manera directa contra tales leyes, sin que se requiera previamente la instauración de un proceso-expediente, de una *fictio litis*¹⁷ (esto puede ocurrir, tal vez, con la demanda de mera declaración positiva de la persistencia, a pesar de la ley, de un poder propio, o bien, la negativa de la subsistencia de

16 Sobre esta terminología CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, 1950, pp. 5 y ss., 35, 39.

17 Cfr. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 44. MORTATI, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua vitalità”, *en Justitia*, 1949, p. 70.

un deber propio)¹⁸, con el fin de hacer de este juicio el pedestal para un ulterior proceso constitucional.

18 La instauración del proceso “expediente” no será siempre fácil, ni en algunos casos prácticamente eficaz o posible. Piénsese en una ley que, violando el artículo 48 de la Const. negase el derecho de voto a una categoría determinada de ciudadanos, o infringiese en cualquier otra forma (como ha sucedido) el principio de igualdad del voto (se verá que el derecho de voto está entre aquellos que son tutelados en Alemania por medio del “recurso constitucional” *infra*, n. 23). ¿Cómo se podría en este caso instaurar un “proceso principal”? ¿Quién sería el legitimado pasivo? ¿Cuál la eficacia práctica del proceso mismo?

Problemas aún más difíciles surgen después, en cuanto al interés para obrar (ver una referencia de CARNELUTTI, “Il giudice e la lex in fraudem legis”, en *Riv. dir. proc.*, 1952, 1, p. 17). Con base en las consideraciones que pueden leerse *infra*, la nota 262, según las cuales también la llamada mera declaración consiste en realidad en la declaración de una responsabilidad y por tanto, en una condena (los daños, por lo demás, consistirían en las solas costas procesales, derivadas precisamente de la necesidad, en la cual el actor se ha venido a encontrar, de promover y llevar a término el proceso a causa del comportamiento del adversario) no creo que la pura y simple expedición de una ley “autoejecutiva” e inconstitucional sería suficiente para hacer nacer el interés para obrar dirigido a obtener una mera declaración; pero sería necesario que alguno manifieste —tal vez como consecuencia de la provocación consistente en el ejercicio del derecho de resistencia (sobre el cual ver *supra*, la nota 14, e *infra*, n. 43, especialmente en la p. 142)— querer aprovecharse de la situación patológica creada por la ley inconstitucional. (Esta afirmación encuentra apoyo en la tesis según la cual los particulares —y también la autoridad pública— “están obligados a no tomar en consideración la ley ilegítima”, aún con anterioridad a la resolución de la Corte Constitucional, “so pena de ser considerados responsables de las consecuencias de la obediencia prestada”, una vez que la

igualdad frente a la ley")²⁹, obtienen su realización a través de una interpretación activa, creadora, del juez constitucional, como veremos que sucede en forma más o menos decidida y radical, en los ordenamientos que estudiaremos con posterioridad³⁰.

29 Excluyen la naturaleza de derecho subjetivo, por ejemplo, ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2, Milán, 1946, p. 122; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 203 y ss. Ver también *infra*, nota 60. Importante, también en relación con este punto, *infra*, al núm. 43, sobre el principio de igualdad como criterio para la valoración de la legitimidad constitucional de todos los actos de imperio, es la enseñanza de MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2, Padua, 1952, p. 474; donde el ilustre autor afirma que el principio de igualdad debe "considerarse un aspecto de la fundamental posición jurídica del ciudadano, que, en tanto se establece un criterio interpretativo de las normas reguladoras de los derechos individuales, puede ponerse como fundamento de una pretensión autónoma ejercitable con motivo de la restricción particular producida por la ley al goce de los derechos mismos".

30 *Infra*, especialmente los números 5, 8, 11, 13, 16, 23, 43. Recuerdo a título de ejemplo una resolución emitida el 29 de julio de 1952 por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe (en la *Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 372), en la que se afirma precisamente que la indeterminación de las normas constitucionales exige que sean "completadas", "refinadas" por el juez; y que esto debe hacerse no sólo con base en la ratio de la norma particular, sino con fundamento en los principios generales de la Ley Fundamental; de manera que "la jurisdicción constitucional tiene la tarea de complementar el derecho y de contribuir, por tanto, en forma creadora, a la vida de la Constitución" (cfr. LECHNER, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, 1954, p. 45). Ver también BLOMEYER, K. "Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht", en *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1953,

Parece evidente, por tanto, como también por lo que se refiere a la ilegitimidad constitucional de las leyes, que el ordenamiento jurídico italiano debe considerarse superado, con mayor razón si se piensa que no corresponden a la Corte Constitucional poderes de urgencia o cautelares, al menos por lo que respecta al recurso contra leyes¹⁹, y que la *fictio litis* mencionada con anterioridad, en la mayoría de los casos sólo podrá instaurarse con posterioridad al ejercicio del peligroso (y discutido) derecho de resistencia, en tanto que, por el contrario, un buen ordenamiento constitucional debe hacer todo lo posible (como ocurre en efecto, según veremos más adelante, a través del recurso constitucional, *infra*, número 43) para transformar el derecho de resistencia, que es una especie del derecho

ley sea declarada inconstitucional; BARILE, *Il soggetto privato nella Cost. italiana*, op. cit., p. 188).

- 19 Sobre los poderes cautelares del Tribunal Constitucional Federal alemán, *infra*, n. 31; sobre la importancia esencial, también en el juicio de amparo mexicano, de la facultad del órgano judicial de suspender la ejecución del acto de imperio impugnado, ver para todo, TRUEBA URBINA, A., *Nueva legislación de amparo. Doctrina y jurisprudencia*, México, 1951, pp. XLV y ss. Para el Derecho suizo, *infra*, n. 7.

Sólo en los procedimientos por conflictos de atribuciones entre el Estado y Regiones y entre las Regiones, y en los relativos a las acusaciones contra el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros, son previstos por nuestra ley poderes cautelares de la Corte Constitucional (artículo 40 y 45 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87).

Ver también la importante llamada de atención hecha por ESPOSITO, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 297 en nota.

de autotutela, es decir, de tutela “parcial”, en el derecho a la protección jurisdiccional, o sea, a una tutela “imparcial” (*super partes*)²⁰.

Pero prescindiendo de la naturaleza del acto violatorio (administrativo, legislativo, etc.), se ha impuesto en Italia, tal vez a causa de una jurisprudencia nueva referente a la tarea de “concretización creadora” de las normas²¹, y “dirigida más a la conservación que a la innovación del ordenamiento”²², pero a causa, fundamentalmente, de una falta de firmeza en la postura del Constituyente y del legislador ordinario (contrariamente a lo que sucede en Alemania, ya sea mediante el citado artículo 1, inciso 3 de la Constitución de Bonn²³, o bien a través de la Ley ordinaria

20 Las leyes inconstitucionales son para ESPOSITO, *op. ult. cit.*, pp. 297 y ss., ejecutivas aunque no obligatorias, hasta en tanto que no sean declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, para lo que el ilustre autor no será admisible “una resistencia a los actos de la autoridad realizados en ejecución de la ley”.

21 Ver *supra*, nota 8, e *infra*, nn. 23 al 43.

22 PERGOLESÌ, “Sul così detto ‘Governo dei giudici’”, en *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 67; ver también BALLADORE PALLIERE, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, pp. 314 y ss.

23 Ver *supra*, nota 8. Sobre las normas programáticas y sobre las situaciones subjetivas activas que de ellas se derivan, cfr. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, especialmente en los capítulos I y II donde justamente se habla de un “equivoco jurisdiccional de las normas programáticas”; *Id.* “Efficacia delle norme costituzionali ‘programmatiche’”, *op. cit.*, pp. 357, 380; ver también AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, 1951, p. 95.; BARILE y PREDIERI, *Efficacia abrogante delle norme della*

2. He intentado en esta forma, delinear lo que puede denominarse la razón o justificación de este trabajo, el cual pretende insertarse, modestamente y de manera ciertamente inadecuada, en todo un florecimiento de estudios italianos y extranjeros, que han sido dedicados al tema de la libertad, y más particularmente, de su garantía jurisdiccional.

Me referiré ahora a la Ley (ordinaria) de la República Federal Alemana, de 12 de marzo de 1951, que entró en vigor el 17 de abril del mismo año, y reformada el 21 de julio de 1956, que contiene las disposiciones “sobre el Tribunal Constitucional Federal”, y con la que se introdujo en Alemania una importantísima institución jurídica, o sea, la llamada *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), con la que me ha parecido que se ha dado un paso verdaderamente importante para la consecución del objeto de que se ha hablado, o sea, la efectividad de los derechos del hombre, por lo que dicha institución merece ser conocida y estudiada, no obstante que no haya sido establecida en Italia.

El “recurso constitucional” consiste en un medio de reclamación jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional Federal (que tiene su sede en Karlsruhe), y que debe ejercitarse por los ciudadanos particulares para la tutela de sus “derechos fundamentales” y de

Heft II, p. 2 del sobretiro, donde se habla de una “grandiosa importancia” que debe atribuirse a la jurisdicción constitucional —de la cual está investido el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe— *für die Fortbildung des Verfassungsrechts* (para el perfeccionamiento del Derecho Constitucional).

sobre el Tribunal Constitucional Federal, de la que nos ocuparemos más adelante), y con las graves y deplorables consecuencias que son bien conocidas, la distinción desde el punto de vista de la eficacia, entre normas constitucionales preceptivas y no preceptivas, declaraciones-regla y declaraciones-principio (programáticas, directivas, orientadoras), y la distinción, por tanto, desde el punto de vista de la tutela, en situaciones subjetivas de carácter activo *no garantizadas* (simples recomendaciones), situaciones *garantizadas no jurisdiccionalmente*, y finalmente, *garantizadas jurisdiccionalmente* (o “accionables”, como también han sido llamadas)²⁴.

Y con toda justificación deplora la doctrina que la palabra “derechos” se use muchas veces en forma impropia²⁵, especialmente por lo que ve a los “derechos

Costituzione, en *Comm. sistem. alla Cost. ital.*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, I, Florencia, 1950, pp. 69 y ss., y actualmente también CALAMANDREI, y otros, *Dieci anni dopo*, Bari, 1955, pp. 227 y ss.

24 LAVAGNA, *op. cit.*, p. 10 y *passim*; ver también CROSA, *Diritto costituzionale*, 3, Turín, 1951, p. 151 y ss.; CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, pp. 382 y ss.

25 Sobre la análoga situación del Derecho Constitucional francés —a diferencia del Derecho norteamericano, en el cual, si un acto de cualquier autoridad niega y obstaculiza el ejercicio de una situación subjetiva constitucional, *la sanction est à la disposition de la partie lésée, et cette sanction c'est le jugement d'incostitutionnalité que formulera le tribunal compétent*—, cfr. HESSE, A., “Conception américaine et conception française des Déclarations de droits: juge américain et juge français”, en *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, pp. 323 y ss., especialmente en las pp. 326 y ss. El autor

algunas otras situaciones subjetivas lesionadas por un acto de cualquiera autoridad pública. Esta institución, que en dicha República ha sido establecida por primera vez en el plano federal, no había sido prevista por la Constitución de Bonn de 23 de mayo de 1949³¹, en cuyo artículo 93, inciso 2, se reconocía sin embargo, implícitamente, la facultad de la autoridad legislativa ordinaria, para constituirla, al disponer que: "El Tribunal Federal Constitucional ejercerá, además, las funciones que le sean atribuidas mediante una ley federal."

La *Verfassungsbeschwerde* no carece de precedentes ni de modelos tanto en Europa, como en el plano no federal, en la misma Alemania, los cuales fueron tomados en consideración parcialmente por el legislador alemán (especialmente los de Baviera), como se desprende de los trabajos preparatorios y como veremos con mayor detenimiento más adelante³². Y por otra parte, aun en el plano federal, puede

31 Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 3, Munich, 1954, p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 43, 255 y ss.; ZWEIGERT, K., "Die Verfassungsbeschwerde", en *Juristenzeitung*, 1952, p. 321.

32 En doctrina falta, hasta ahora, que yo sepa, un estudio de carácter sintético y comparativo, como pretende ser el presente. En cuanto a las analogías con el amparo mexicano —institución tanto más interesante, cuanto que surgió en la primera mitad del siglo XIX y ha constituido una de las mayores y más duraderas victorias de la lucha por la libertad y la independencia mexicanas— son absolutamente ignoradas por los estudiosos del otro lado de los Alpes, en tanto que la *Verfassungsbeschwerde* es a su vez, igualmente ignorada por

verse un precedente, que permaneció sin embargo en el estado de tentativa irrealizada, en la *Frankfurter Reichsverfassung* (Constitución de la *Paulskirche*) de 28 de marzo de 1849³³ ³⁴. Esta Constitución determinaba,

los mexicanos. Debe advertirse que la institución mexicana ha sido imitada por la Constitución española de 9 de diciembre de 1931 (artículo 121, letra *b*), sin que tuviera aplicación debido a los acontecimientos ocurridos en España.

También las (menores) analogías con el *mandado de segurança* brasileño, son olvidadas. El amparo mexicano y la *Verfassungsbeschwerde* son, por el contrario, relacionados por BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 437, nota 39.

33 Cfr. TRIEPEL, H., "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft V*, Berlín, 1929, p. 15, donde la competencia del *Reichsgericht* de la Constitución de Francfort "respecto a los recursos de los ciudadanos alemanes por violaciones de sus derechos garantizados por la Constitución del Reich", es comparada con la *Beschwerde* de las constituciones suiza y austriaca. Ver también DRAHT, "Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", *op. cit.*, p. 39.

34 La *Frankfurter Reichsverfassung* puede leerse en DENNEWITZ, B., *Die Verfassungen der modernen Staaten*, III, Hamburgo, 1948, pp. 46 y ss.; ver también HILDERBRANT, H., *Quellen zur Verfassungsgeschichte*, 2, *Heft I*, Paderborn, 1954, pp. 19 y ss., 85 y ss. Sobre esta Constitución, que fue "discutida y publicada" por la "Asamblea Nacional Constituyente Alemana" reunida en Frankfort, y que todavía permanece únicamente sobre el papel, ya que no fue reconocida por los Estados Particulares alemanes, cfr. por ejemplo, SCHRÖDER y VON KÜNSSBERG, E.F., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7, Berlín, 1932, p. 1005; ver también con especial referencia a las *gerichtsverfassungsunrechtliche Vorschriften* de dicha Constitución, KERN, E., *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, Munich, 1954, pp. 69 y ss., especialmente en las pp. 70-71 con amplia y actual bibliografía.

en los párrafos 125 a 129 (*Abschnitt 5*) la creación de un *Reichsgericht* (Tribunal Federal)³⁵, el cual habría debido ejercitar toda la jurisdicción que pertenecía al nuevo *Reich* (párrafo 125). Dicha competencia estaba reglamentada por el párrafo 126, cuya letra g) preceptuaba que correspondía al Tribunal Federal, entre otras, la facultad de juzgar respecto de “recursos (*Klagen*) de los ciudadanos alemanes, por lesión de los derechos a ellos garantizados por la Constitución Federal”³⁶.

Son conocidos los borrascosos sucesos que ocasionaron la disolución de la *Nationalversammlung* (Asamblea Nacional) de Francfort; la Constitución de 1849 permaneció letra muerta, como la expresión de un período de románticas rebeliones que convulsionaron a toda Europa en nombre de la libertad, la unidad y la independencia de los pueblos. Nada semejante al párrafo 126, letra g, de la Constitución de Francfort vuelve a encontrarse en las posteriores constituciones federales de Alemania: ni en la inspirada por Bismarck, ni en la de Weimar, y ni siquiera en la de Bonn, según se ha visto. Veremos ahora, rápidamente, antes de es-

35 Informa KERN (*op. ult. cit.*, p. 71) que este Tribunal no tuvo existencia jamás.

36 Se advierte, sin embargo, que “las ulteriores disposiciones sobre la extensión de este derecho de acción y sobre las formas y modalidades para hacerlo valer, están reservadas a la legislación federal (ordinaria)”. I, párrafos del 130 al 189 (*Abschnitt VI*) de la Constitución de la *Paulskirche* regulaban los *Grundrechte* del ciudadano, de manera detallada y profunda y con orientación muy liberal; y en el párrafo 130 se establece que ninguna norma constitucional u ordinaria de un Estado particular de la Federación Germánica podía lesionar estos derechos.

4. Por el contrario, mucho más importante resultó, en ese mismo período, la tutela de los derechos constitucionales del individuo frente a la autoridad, efectuada, en vez de por un órgano jurisdiccional, por órganos políticos y en virtud de recurso (*Beschwerde*) promovido por el afectado (artículo 90, números 2 y 3, y 74, número 15, de la Constitución de 1848). Dichos órganos eran, en primera instancia el Consejo Federal (*Bundesrat*), y en segunda, la Asamblea Federal (*Bundesversammlung*)⁴³ los que podían anular (*aufheben*) el acto impugnado si resultaba lesivo de los derechos constitucionales del recurrente, inclusive los garantizados por las constituciones locales⁴⁴. Este control, que en mi opinión debe estimarse de naturaleza jurisdiccional, aunque ejercitado por órganos políticos⁴⁵, se manifestó, sin embargo defectuoso, tanto porque el juicio no contaba con las garantías de serenidad e independencia, como porque el Consejo y la Asamblea federales eran, estructuralmente y por la preparación cultural de sus componentes, inadecuados para resolver especialmente en los casos más estricta y técnicamente jurídicos. La literatura de la época coincidía en considerar que, *in jure condendo*, debía reservarse a un órgano estrictamente jurisdiccional, la competencia para conocer de esta materia⁴⁶.

43 Cfr. VOGT, G., "Das eidgenössische Rekurswesen und dessen Reform", en *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, IV (1867-1868), pp. 1 y ss., 37 y ss.

44 VOGT, *op. ult. cit.*, p. 1; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, pp. 36 a 38.

45 Ver *infra*, a la nota 365.

46 GIACOMETTI, *op. ult. cit.*, p. 37; el autor cita allí la opinión acorde de varios juristas de la época: Dubs B., Munziger, Vigier, etc.

tudiar la nueva institución alemana, y su más próximo modelo, que es el de Baviera, los precedentes suizos y austriacos del recurso constitucional.

CAPÍTULO I

PRECEDENTES SUIZOS, HISTÓRICOS Y VIGENTES, DE LA *VERFASSUNGSBESCHWERDE*

(La Staatsrechtliche Beschwerde contra los actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales de las autoridades cantonales)

SUMARIO. 3.—El recurso constitucional ante un Tribunal Federal en los proyectos de Kasimir Pfyffer, de Pellegrino Rossi y de James Fazy, y su primera realización, prácticamente ineficaz, en el artículo 105 de la Constitución Federal de 1848. 4.—La protección de los derechos constitucionales del ciudadano, realizada por el Consejo y por la Asamblea federales mediante recurso del interesado, según la Constitución suiza de 1848. 5.—El recurso de Derecho Público en la Constitución de 1874. Sus relaciones (estructura), con referencia especial a la relación de "derecho de igualdad-obligación de equidad". 6.—Su dialéctica (funcionamiento). 7.—Los efectos del recurso.

3. La introducción en la Constitución suiza, de un recurso jurisdiccional para la protección de los derechos constitucionales del individuo, fue propugnada desde 1831 por Kasimir Pfyffer, en un proyecto de Constitución Federal, y por

5. Esta tendencia fue acogida, al menos en parte, por la (todavía vigente) Constitución Federal suiza de 29 de mayo de 1874⁴⁷, que en su artículo 113, inciso 1, número 3, preceptúa: “El Tribunal Federal juzga, además: (...) 3. Sobre recursos (*Beschwerden*) por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos”. En el inciso segundo del mismo artículo, continúa disponiendo, que: “Se exceptúan las controversias administrativas (*Administrativstreitigkeiten*)” que serán determinadas por la legislación federal. En virtud de este segundo inciso, la Ley Suprema otorga a los órganos legislativos federales, la potestad de determinar, a través de leyes ordinarias, las materias y los casos en los que la competencia del Tribunal Federal (que constituye la regla, a diferencia de lo establecido por el artículo 105 de la Constitución de 1848)⁴⁸, debe sustituir a la de los cuerpos políticos, o sea, el Consejo y la Asamblea federales.

La competencia de estos organismos políticos que en 1874 y en los años inmediatamente posteriores tenía (por disposición del nuevo texto constitucional) carácter excepcional, se extendía, sin embargo, a al-

47 Verla en DENNEWITZ B., *Die Verfassungen der modernen Staaten*, IV, Hamburgo, 1949, pp. 54 y ss.; y en *Verfassungsurkunden von Staatenverbindungen*, Herausgegeben von *Auswärtigen Amt*, Essen, 1953, pp. 233 y ss.; en lengua italiana en JAEGER, *Lezioni di diritto Svizzero. Diritto pubblico e teoria generale*, 2, Milán, 1951, pp. 175 y ss.; y en RAPPARD, *La Costituzione federale della Svizzera*, op. cit., pp. 463 y ss.

48 Cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 39; CHRISTINGER, *Die Voraussetzungen*, op. cit., pp. 6 y ss.

Pellegrino Rossi en el proyecto de una *cour de justice fédérale*, y en 1837 por James Fazy en su *Projet de Constitution Fédérale*^{37, 38}.

Pero no fue sino hasta 1848 cuando fue establecida dicha institución, concretamente en el artículo 105 de la Constitución Federal de ese año. Dicho artículo disponía que: "El Tribunal Federal juzga, además, sobre la violación de los derechos garantizados por la Constitución Federal, cuando las acusaciones relativas le sean remitidas por la Asamblea Federal"³⁹. El texto del artículo 105 no es muy claro, pero su significado queda explicado con la observación⁴⁰ de que fue formulado a consecuencia de una propuesta hecha por

37 El artículo 22 de este proyecto establecía, que *Le Tribunal fédéral suprême arbitre chargé du maintien des garanties constitutionnelles, reçoit des plaintes des citoyens et des gouvernements cantonaux sur toute violation aux lois constitutionnelles cantonales ou fédérales*. Cfr. GIACOMETTI Z., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich, 1933, p. 31, nota 20.

38 Sobre los intentos y propuestas de introducción de la *staatsrechtliche Beschwerde*, así como sobre los desenvolvimientos históricos de la institución, cfr. por ejemplo, NÄGELI, E., *Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815*, Zürcher Dissert., 1920; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 27 a 45; HIS, E., *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, II, Basilea, 1929, pp. 325 y ss.

39 Ver el texto italiano en RAPPARD, W.E., *La Costituzione federale della Svizzera*, Locarno, 1948, p. 517; y el texto alemán en GIACOMETTI, op. ult. cit., pp. 32 y ss., así como en KAISER, S. y STRICKLER, J., *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berna, 1901, pp. 298 y ss.

40 Cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 32; CHRISTINGER, U., *Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen*

la representación ginebrina, durante la elaboración de la Constitución Federal, de acuerdo con la cual, el artículo relativo a la esfera de competencia del nuevo Tribunal Federal habría debido agregar la facultad de decidir *de la violation des droits des citoyens garantis par la présente Constitution, lorsque des plaintes à ce sujet sont renvoyées devant lui para l'assemblée fédérale*. El mencionado artículo 105 de la Constitución de 1848 no creó, por tanto, un recurso directo del ciudadano ante un órgano jurisdiccional para la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por una autoridad, sino más bien un recurso mediato, que a través de un órgano político (la Asamblea Federal), podía, si dicho órgano lo estimaba necesario y oportuno, llegar hasta el órgano jurisdiccional⁴¹. Por ésta y por otras varias razones, también de carácter técnico-procesal⁴², el artículo 105 de la Constitución de 1848 careció de toda eficacia práctica, a tal grado, que una sola vez, entre 1848 y 1874, la Asamblea invistió al Tribunal Federal del conocimiento de la infracción de los derechos constitucionales de un ciudadano.

Beschwerde nach dem neuen OG vom 16. Dezember 1943, Berner Dissert., 1946, pp. 4 a 6.

- 41 GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 35. La interpretación del artículo 105 era además en el sentido, que solo contra los actos de las autoridades cantonales ejecutivas o judiciales, pero no contra actos legislativos o actos de autoridades federales, fuese admitido la *Beschwerde*: cfr. GIACOMETTI, op. ult. cit., pp. 33 y ss.
- 42 GIACOMETTI, op. ult. cit., p. 36 y ss.; MUNZIGER, W., *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit*, Berna, 1871, p. 91.

gunos de los más importantes derechos y situaciones constitucionales del ciudadano⁴⁹, pero después se ha ido restringiendo progresivamente⁵⁰, especialmente con motivo de las revisiones y reformas de las Ordenanzas Judiciales en 1893 y 1911, hasta que actualmente se contrae a hipótesis de muy relativa importancia, como lo son la infracción por actos administrativos cantonales de los artículos constitucionales 18, inciso tercero (sobre el avituallamiento gratuito de los militares), 27, incisos segundo y tercero (sobre la instrucción primaria eficiente, gratuita y no confesional), 51 (sobre la proscripción de la Compañía de Jesús), y 53, inciso segundo (sobre la inhumación de los difuntos).

La interpretación jurisprudencial (pacífica) y doctrinal (dominante) estiman que el artículo 113, inciso primero, número 3, de la vigente Constitución

49 Para el parágrafo 59 OG (*Organisationsgesetz über die Bundesrechtspflege*) de 1874 eran de competencia del Consejo Federal (en primera instancia) y de la Asamblea Federal (en segunda instancia) las "controversias administrativas" relativas a (pretendidas) lesiones, por parte de actos de autoridad, de varios entre los más importantes derechos constitucionales, como el derecho de libre comercio e industria, la libertad de domicilio, de fe, de conciencia, de culto. Cfr. a este respecto a SCHOCH, G., "Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht (Referat an der Tagung des schweizerischen Juristenvereins von 1886)", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1886, pp. 532 y ss.; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 39; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, op. cit., p. 882, en nota.

50 Sobre el desarrollo progresivo y sobre el estado actual, cfr. FLEINER y GIACOMETTI, op. ult. cit., parágrafo 89, pp. 902-904, así como en las pp. 881 - 882.

suiza sólo admite el recurso de Derecho Público contra actos cantonales, es decir, de autoridades no solamente administrativas o judiciales, como lo establecía el artículo 105 de la Ley Suprema de 1848⁵¹, sino también legislativas⁵² cantonales⁵³, por consecuencia, es inadmisibile el recurso contra actos de autoridades federales, aunque la doctrina más autorizada deplora esta limitación⁵⁴. Dicha interpretación queda confirmada por los trabajos preparatorios y se reafirma por las Ordenanzas Judiciales de 1874 (artículo 59), 1893 (artículo 178), y 1943 (artículo 84)⁵⁵, y ni siquiera en

51 Ver *supra*, nota 41.

52 FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 887 (donde se habla de *Gesetze, Verordnungen, Verwaltungskte, richterliche Entscheidungen*). El recurso no es admisible si el acto, no obstante provenir de una autoridad pública, no sea materialmente acto de imperio.

En la práctica del Tribunal Federal es normalmente rechazada la admisibilidad del *staatsrechtliche Beschwerde* contra una norma constitucional cantonal o contra el acto que correctamente la aplica: cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 888-889, en nota, y con citas de decisiones del Tribunal Federal.

53 Cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, pp. 4143; FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 886 - 888. Autoridades cantonales son consideradas las personas, jurídicas o físicas, que han sido designadas para el ejercicio de funciones públicas, propias no sólo de los cantones, sino también de los Municipios (*Gemeindebehörden*).

54 Cfr. por ejemplo, FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 887.

55 GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, p. 42. Pero no falta alguna tentativa de demostrar la inconstitucionalidad, en este punto, de la OG.: cfr. por ejemplo, la autorizada opinión de FLEINER F., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tubinga, 1923, pp. 442 y ss.; contra, GIACOMETTI, *Die Ver-*

los primeros años fue controvertida o puesta en duda por la doctrina⁵⁶. No obstante esta limitación, la im-

fassungsgerichtsbarkeit, op. cit., pp. 32 y ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., pp. 6 y ss.

- 56 Cfr. por ejemplo, BLUMER, J.J. y MOREL, J., *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, I, Basilea, 1877, p. 245; SOLDAN, C., "Du recours de droit public au Tribunal fédéral", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1886, pp. 185 y ss.; SCHOCH, "Der staatsrechtliche Rekurs", op. cit., pp. 531 y ss. Por lo que se refiere en particular a los actos legislativos federales, el mismo artículo 113, inciso 3 de la Constitución dispone, en lo conducente que siempre "el Tribunal Federal se sujetará a las leyes emanadas por la Asamblea Federal, y a las resoluciones de la misma, de carácter obligatorio general"; siendo de tal modo negado al Tribunal Federal suizo, así como a cualquier otro órgano judicial, la facultad de examinar, así sea *obiter tantum* y para el solo fin de la desaplicación en el caso concreto, la constitucionalidad de las leyes federales. Esto no solo por lo que respecta al juicio sobre la *staatsrechtliche Beschwerde*, sino también cuando el Tribunal Federal juzga como supremo órgano judicial civil, penal o administrativo (por ejemplo, como juez de revisión): cfr. FLEINER y GIACOMETTI, op. cit., pp. 836 y ss., 843 y ss. y 930 y ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 6; v. también POHLE R., "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess in Bayern", en *Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg*, Munich, 1949, p. 192). Este sistema que esta en neto contraste, por ejemplo, con el norteamericano, responde a la concepción democrática del predominio del poder legislativo —ejercitado por los directos representantes del pueblo— sobre los otros poderes. Cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 44; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, op. cit., pp. 886 y ss.; ver también SCHINDLER, D., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1925, pp. 19 y ss.; RAPPARD, "Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse", en

portancia práctica y teórica del recurso por violación de derechos constitucionales del individuo, es puesta de relieve por toda la literatura y la jurisprudencia⁵⁷, que ven en el mismo, un pilar fundamental para la realización del "Estado de Derecho" en Suiza, considerándolo como un firme baluarte del individuo, y mediatamente, de la misma Constitución Federal, frente a los actos arbitrarios de los poderes locales.

El fundamento del recurso, consiste, como se ha dicho, en la lesión de derechos subjetivos constitucionales (*verfassungsmässige Rechte*) del ciudadano⁵⁸; y como

Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, 1934, pp. 36 y ss.; GROSSMANN, R. H., *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissert. 1948; HUBER, *op. loc. ult. cit.*

- 57 Cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 898, 881; en nota los autores observan que en 1946 el Tribunal Federal juzgó sobre cerca de 859 recursos ex artículo 131, inciso 1, núm. 3 de la Constitución. Ver también HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, *op. cit.*, p. 4, donde informa que, en 1952 han sido resueltos en el fondo aproximadamente 300 recursos, de los cuales cerca de 50 fueron acogidos; en 1951 contra 284 recursos declarados infundados, 63 fueron acogidos. Para calificar la importancia de estas cifras se debe pensar en los efectos y las repercusiones extraordinarias que puede tener una sentencia de acogimiento del recurso, especialmente en contra de actos legislativos.
- 58 Ver además el artículo 113, inciso 19, n. 3 de la Constitución, el artículo 84, inciso 1, letra a, OG., de 1943; en doctrina KIRCHHOFER E., "Die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1936, pp. 136 y ss., especialmente en la p. 160; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, *op. cit.*, p. 882.

tales se estiman todas las situaciones subjetivas de carácter activo, garantizadas al ciudadano por cualquier precepto de la Constitución Federal, o también de las constituciones cantonales⁵⁹, como por ejemplo, para citar solo los más importantes mencionados por la Carta Federal, el derecho de igualdad ante la ley; las libertades de religión, de imprenta, de asociación, de comercio e industria, de idioma; los derechos de petición, electoral activo y pasivo, los derivados de la prohibición de las penas corporales, de la prohibición de los tribunales excepcionales y eclesiásticos, etc.

Grandísima importancia ha alcanzado, principalmente, el derecho de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, establecido por el artículo 4 de la Constitución Federal. Este "derecho", que por su extrema generalidad es considerado, tanto en Italia como en todos los países en los que no existe una eficaz justicia constitucional de la libertad, como un simple principio general, o sea, la expresión de un programa, más que la fuente inmediata de verdaderos y propios derechos del sujeto privado⁶⁰ ha obtenido en Suiza (y ya está asu-

59 Sobre los derechos de libertad garantizados por las constituciones locales, cfr. GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone*, Zürich, 1941, n. 19, pp. 155 y ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., pp. 7 y ss.

60 Ver *supra*, nota 29. Ver también los autores citados por FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, op. cit., p. 411, en nota. Importante ensayo sobre el artículo 3 de nuestra Constitución es el de ESPOSITO, "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione", en *La Costituzione italiana*, Padua, 1954, pp. 17 y ss.; ver también STENDARDI, *Libertà ed eguaglianza nello Stato democratico moderno*, Milán, 1953, pp. 129 y ss.; ANDRIOLI, "La tutela giurisdizionale dei

La lesión de un derecho constitucional (y por tanto la legitimación y el interés para obrar), está diversamente determinado según que el acto impugnado por inconstitucionalidad tenga naturaleza legislativa, o bien jurisdiccional o administrativa. En efecto, tratándose de una ley (cantonal) o de otro acto (cantonal) que tenga fuerza de ley, la infracción, según el criterio del Tribunal Federal⁶⁴, consiste en que el acto objetivamente lesivo de una norma constitucional establecida en garantía de intereses individuales, sea obligatorio para el actor, ya sea en forma actual o bien de manera sólo *potencial* o *virtual*⁶⁵; en tal virtud, si se trata de recurso contra leyes o actos que tengan fuerza de ley, estimados contrarios a la Ley Suprema, ya sea por violación de las formalidades impuestas para su formación o por haber sido expedidas por autoridades ejecutivas carentes de dicho poder, o bien lesivas de las obligaciones y límites que se derivan de un *referendum* popular, se estima en la práctica, que han sido afectados todos aquellos que tienen derecho al voto, por la infracción de su derecho constitucional de participar

64 Cfr. cita de sentencias del Tribunal Federal en FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 893, en nota.

65 Así, por ejemplo, se ha considerado por el Tribunal Federal que también quien no posea actualmente automóvil, puede impugnar con "recurso de Derecho Público", leyes relativas a impuestos sobre dichas máquinas, ya que no se puede excluir *a priori* que ellas no lo puedan afectar algún día (cfr. ZWEIGERT, "Die Verfassungsbeschwerde", *op. cit.*, pp. 322). Diversamente ocurre con la *Verfassungsbeschwerde* alemana; ver *infra*, núm. 25.

miendo en Alemania, como veremos) una importancia enorme y una eficacia concreta (*infra*, número 48). En efecto, a causa de una valerosa y flexible jurisprudencia del Tribunal Federal, seguida por la doctrina más autorizada⁶¹, el artículo 4 constitucional es considerado en la Federación Helvética como fuente de la prohibición de todo acto (cantonal) "arbitrario", ya sea legislativo, jurisdiccional o administrativo. Mucho y con gran finura ha trabajado dicha jurisprudencia sobre el concepto de arbitrariedad (*Willkür*), y sobre la obligación de justicia o equidad, *Gerechtigkeitsgebot*, que ha derivado de la prohibición de los actos arbitrarios⁶². Con tal elaboración se ha querido evitar que toda "inoportunidad" o "injusticia" de un acto legislativo, y toda "injusticia" o "ilegalidad" de la actividad de los jueces o de la Administración Pública, pudieran contemplarse bajo el ropaje de la arbitrariedad, para no transformar el Tribunal Federal en un órgano susceptible de someter a un recurso ilimitado, tanto de legitimidad como de fondo, todos los actos de los poderes cantonales; transformación que habría significado no sólo un gran peso para el

diritti nella Costituzione della Repubblica italiana", en *Annuario dell'Univ. di Pisa*, 1954-55, pp. 7 y ss. del sobretiro. (ANDRIOLI considera los artículos 24 y 113 de la Const. sobre el derecho de acción como una proyección del principio de igualdad).

61 FLEINER y GIACOMETTI, *op. ult. cit.*, pp. 411 y ss., y 814; quienes citan doctrina y fundamentalmente, jurisprudencia antigua y reciente del Tribunal Federal, también en relación a la progresiva afirmación y extensión, después de 1874, del valor concreto del principio de igualdad.

62 Para una amplia exposición de la citada obra de la jurisprudencia, FLEINER y GIACOMETTI, *op. loc. ult. cit.*

órgano judicial, que como veremos, está compuesto por un número limitadísimo de jueces, sino, además, una inconcebible limitación de la autonomía cantonal, por obra de un órgano federal. Por consecuencia, se ha considerado (y en esto radica el gran mérito de la jurisprudencia del Tribunal Federal), que sólo una ilegitimidad o iniquidad particular y manifiestamente grave, calificada, constituye arbitrariedad, y como tal está sujeta al control de la "jurisdicción constitucional" del Tribunal Federal⁶³. Por tanto, esta jurisdicción da

63 *Die Willkür erscheint als eine besonders qualifizierte Ungerechtigkeit bzw. Rechtsverletzung*. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 414; y en las páginas siguientes —de la 414 a la 427— los autores tratan de precisar mejor, siempre sobre la base de los casos más significativos resueltos por la jurisprudencia, el concepto de acto arbitrario. Así, acto legislativo arbitrario ha sido definido por el Tribunal Federal, en varias ocasiones, como aquel en el cual se puede reconocer "un alto grado de injusticia", y en virtud de que una disposición legal "carezca de seriedad, no se encuentre apoyada sobre efectivos o reales motivos, o bien sea absurda y carente de finalidad, o irracional" (*unvernünftig*), y estaremos en presencia de un acto jurisdiccional arbitrario cuando sea lesivo de "normas jurídicas evidentes", ya sean materiales o procesales o de "principios generalmente reconocidos"; o bien cuando haya sido derivada de una norma carente de claridad, una interpretación absoluta y manifiestamente infundada e inaceptable por ser inconciliable con el sentido y el objeto de la disposición misma, o bien cuando manifiesta y toscamente haya sido errónea la decisión del acto, o sea, cuando "la norma jurídica haya sido aplicada a una situación apreciada de manera arbitraria"— o bien cuando el proveído esté privado de motivación o cuando el juez se haya excedido en el ejercicio de sus poderes aún de carácter discrecional, etc.; igualmente arbitrario será el acto

en la función legislativa⁶⁶. Si por el contrario, el recurso se dirige contra actos (cantionales) jurisdiccionales o administrativos, la lesión de un derecho constitucional propio del recurrente, deberá ser actual y concreta⁶⁷. Sin embargo, la jurisprudencia no excluye que, además de los directos destinatarios del acto jurisdiccional o administrativo, dicho acto pueda ser combatido también por terceros, cuando sea perjudicial para los intereses protegidos en su beneficio por la disposición constitucional⁶⁸.

Presupuestos de admisibilidad del recurso son: a) La oportuna promoción y agotamiento de los eventuales medios de impugnación cantonales (artículo 86, inciso segundo, párrafo primero, de la Ordenanza Judicial, salvo algunas excepciones previstas por el segundo párrafo, inciso segundo, del mismo precepto legal); b) la falta de (otros) medios de impugnación mediante los cuales la violación pueda combatirse ante el mismo Tribunal Federal u otro organismo federal (artículo 84, inciso segundo de la Ordenanza Judicial

66 FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 893 y ss. Ver también HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde, op. cit.*, pp. 10 y ss., quien afirma correctamente que de esta manera la *Beschwerde* suiza se ha venido a configurar como "una acción popular disfrazada". A través de la mencionada extensión de la legitimación y el interés para obrar se obtiene, en efecto, lo que por otra parte se alcanza con la institución de la *Popularklage* contra las leyes objetivamente lesivas de las normas sobre los derechos fundamentales del hombre.

67 Para excepciones a esta regla, cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit, op. cit.*, p. 161.

68 FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 894.

lugar (también) a un recurso supremo de “equidad constitucional”, es decir, a un recurso sobre la iniquidad constitucionalmente relevante de los actos de imperio, en el cual es evidente que vienen a asumir la mayor importancia, por un lado las circunstancias concretas del caso y por el otro, los precedentes jurisprudenciales, en virtud de la generalidad de los preceptos (igualdad, equidad, justicia, etc.) en los que debe inspirarse el juicio correspondiente.

administrativo inmotivado, manifiestamente ilegítimo y así sucesivamente. En todo caso, del mismo modo que las leyes, también los actos jurisdiccionales y administrativos son considerados arbitrarios cuando, a pesar de no existir violación de normas o de principios jurídicos, aparecen “en alto grado injustos”, dadas las circunstancias del caso.

Para comprender el exacto valor de cuanto se ha dicho con anterioridad, precisa sin embargo, tener presente el carácter de “subsidiariedad absoluta” del recurso de Derecho Público respecto de los otros medios jurisdiccionales federales, carácter del que se hablará a continuación en el texto (ver pp. 56-57) y del cual se desprende que el recurso mismo no es admisible en todos los casos, en los cuales la arbitrariedad sea “reparable” (o habría podido serlo) mediante el ejercicio de cualquiera otra acción o medio de impugnación ante el Tribunal Federal u otro órgano local. De tal manera que una violación exclusivamente “mediata” de la norma constitucional —en el sentido de que dicha disposición haya sido violada sólo a través de la inobservancia de una norma federal ordinaria—, no será normalmente impugnabile, mediante el recurso de Derecho Público, en los casos en los cuales, contra la misma violación de la norma ordinaria puede ser ejercitada ante jueces federales una acción o impugnación civil, penal o administrativa (más bien que constitucional). Ver FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 885 y ss., 890 y ss.

citada)⁶⁹. De esto se concluye que la *Staatsrechtliche Beschwerde* tiene naturaleza subsidiaria relativa respecto a los medios de impugnación cantonales, y

69 Artículo 86, inciso 2 OG: *Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sind erst zulässig nachdem von den kantonalen Rechtsmitteln Gebrauch gemacht worden ist; hiervon sind ausgenommen Beschwerden wegen verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV), des Verbottes der Doppelbesteuerung (Art. 46, Abs. 2, BV), der Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 58 BV), der Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 59 BV), des Anspruches der Bürger anderer Kantone auf Gleichstellung mit den Kantonsbürgern in Gesetzgebung und gerichtlichem Verfahren (Art. 60 BV) und des Anspruches auf Rechtshilfe (Art. 61 BV).* [Las reclamaciones contra la violación de derechos constitucionales de los ciudadanos sólo serán admisibles si previamente se han utilizado los recursos cantonales; exceptuándose aquellas que se dirijan contra violaciones de la libertad de domicilio (art. 45 C.F.), de la prohibición de la doble tributación (art. 45, inciso 2, C.F.), de la garantía del juez constitucional (art. 58 C.F.); de la garantía del juez del domicilio (art. 59 C.F.), de la pretensión de los ciudadanos de otros cantones a la igualdad con los ciudadanos del cantón respecto a la legislación y al procedimiento judicial (art. 60 C.F.) y de la pretensión de auxilio jurídico (art. 61 C.F.)].

Artículo 84, inciso 2, OG: *In allen diesen Fällen ist jedoch die Beschwerde nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer andern Bundebehörde gerügt werden kann.* [En todos esos casos, sin embargo, la reclamación solo será admisible, cuando la infracción jurídica invocada no pueda subsanarse mediante acción o recurso ante el Tribunal Federal o ante alguna otra autoridad de la Federación].

Ver amplio comentario a estas normas en BIRCHMEIER, W., *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, Zürich, 1950, pp. 305 y ss. 345 y ss.

subsidiaria absoluta en relación a los medios de impugnación federales⁷⁰. Esta subsidiariedad *absoluta* ha impedido que el recurso regulado por el artículo 113, inciso primero, número 3, de la Ley Suprema, se transforme, como en otros ordenamientos⁷¹, en una ulterior suprema instancia en una especie de supercasación o superrevisión por inconstitucionalidad de las instancias (federales) inferiores.

Con excepción de lo que se ha dicho para el recurso contra actos legislativos, solamente está legitimado para interponer el recurso, el individuo directamente interesado, para ser (por decirlo así) el titular del *verfassungsmässiges Recht* que afirma haber sido violado⁷². También las personas jurídicas de Derecho Privado, así como los extranjeros, pueden ser legitimados para obrar en relación con las situaciones activas que les garantizan las constituciones Federal y locales⁷³.

70 Cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 888-890; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

71 Así ha ocurrido en México con el juicio de amparo, el cual hasta cierto punto ha venido francamente a absorber al recurso de casación. Cfr. BURGOA, I., *El juicio de amparo*, 3, México, 1950, pp. 167 y ss.

72 Cfr. KIRCHHOFER, "Die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs", *op. cit.*, p. 136 y ss.; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, p. 154; FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 891 y ss. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.; *Id.*, "Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte", en *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, Heft I*, Basilea, 1936, pp. 169 y ss.

73 Cfr. el artículo 88 OG. En algunos casos la práctica ha reconocido la legitimación de la misma Federación, de los Cantones

Están legitimados para contradecir, además de la autoridad cuyo acto se impugna, también las personas directamente interesadas en el mantenimiento del acto mismo. Sin embargo, no se trata de partes procesales necesarias, ya que únicamente están facultadas para realizar una intervención facultativa. El proceso que sólo puede iniciarse "a instancia de parte", no es institucionalmente bilateral (*Zweiparteienverfahren*)⁷⁴, no obstante que en la práctica, la intervención (por lo menos) de la autoridad en defensa del acto impugnado, constituye la regla, y que, una vez que la autoridad y los terceros, han estimado pertinente intervenir, asumen una postura procesal, similar bajo ciertos aspectos, a la del demandado en el proceso civil.

6. El procedimiento se instaura mediante escrito (*Beschwerdenschrift*) presentado por el recurrente (*Beschwerdeführer*) al Tribunal Federal y que debe contener una motivación de hechos y de derecho, con la indicación del derecho constitucional lesionado por obra del acto combatido, así como las conclusiones relativas (artículos 89 y 90 de la Ordenanza Judicial). Este curso debe ser presentado en un término preclusivo de treinta días contados a partir del momento en el cual el recurrente haya tenido o habría podido

y de los Municipios; así por ejemplo, la ha reconocido a los Municipios por lesión de la autonomía comunal, o a los Cantones contra ciertos actos de imperio de otros Cantones; cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 892, notas 49 y 50.

74 Cfr. los artículos 93 y 94 OG; y ver FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 895; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, pp. 179 a 184. Ver también *infra*, números 27 y 38.

tener conocimiento del acto violatorio⁷⁵. Según una decisión del Tribunal Federal, tratándose de leyes o de actos con fuerza de ley, el plazo no comienza a correr desde el día de su publicación, sino solamente cuando pueda estimarse que dichos actos se hayan hecho de conocimiento común⁷⁶. Una vez transcurrido infructuosamente el término para la impugnación del acto legislativo, queda todavía abierta la posibilidad de combatir, dentro de un nuevo plazo, todo acto de aplicación de la ley misma⁷⁷, la que si bien ya no es impugnabile como tal, mediante el recurso de derecho público, permanece inconstitucional y por tanto, inaplicable⁷⁸.

La Ordenanza Judicial de 16 de diciembre de 1943 ha introducido en el procedimiento una innovación importante (artículo 92), con el fin de aliviar al Tribunal Federal de los recursos manifiestamente inadmisibles o infundados. Inmediatamente después de la presentación del escrito inicial, tiene lugar un procedimiento preliminar de carácter sumario, un

75 Artículo 89 OG. Cfr. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 11.

76 FLEINER y GIACOMETTI, op. cit., p. 896, nota 68.

77 FLEINER y GIACOMETTI, op. cit., p. 886, texto y nota 27, con citas jurisprudenciales; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 11.

78 Diversamente de lo que sucede en el ordenamiento alemán (ver *infra*, n. 34), el acogimiento de una *staatsrechtliche Beschwerde* contra actos de ejecución o de aplicación de una ley, no implica nunca la anulación, por inconstitucionalidad de la ley misma. Ver HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 11, y nota 41, p. 26.

Vorprüfungsverfahren, ante una comisión integrada por tres miembros de la "Sala de Derecho Público y Administrativo" del Tribunal Federal⁷⁹. El examen preliminar puede ocasionar una decisión de inadmisibilidad o de rechazo del recurso, tomada en sesión secreta y con motivación sumaria, con la condición de que los tres componentes de la comisión se encuentren de acuerdo en considerar evidente la inadmisibilidad o la falta de fundamento⁸⁰. En caso contrario se inicia el procedimiento ordinario, en el cual, también en el

79 Sobre la historia y estructura del Tribunal Federal suizo, cfr. por ejemplo FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 629 a 638. Aparece en la Constitución de 1848 (arts. 94 a 107) pero sólo desde el 1 de enero de 1875 (Constitución de 1874, arts. 106 a 114) tiene carácter estable. Actualmente se compone de 26 miembros (*Mitglieder*) y 11 suplentes (*Ersatzmänner*) nombrados por la Asamblea Federal por un período de seis años pudiendo ser reelectos (artículo 85 n. 4, 92 y 107 de la Constitución; artículos 1 y 5 OG); garantizándoles la ley, de diversas maneras, su independencia y autonomía. El Tribunal Federal tiene sede en Lausana (artículo 19, párrafo 1, OG); ejercitando raramente sus funciones en sesión plenaria, esto es, con la presencia por lo menos de dos tercios de sus miembros, trabajando comúnmente en sesiones simples (*Abteilungen*) y Cámaras (*Kammern*) (artículo 11 y 12 OG). Una Sala es la que juzga en causas de Derecho Estatal, o sea, respecto de "recursos de Derecho Público y Administrativo" (*staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung*), y se subdivide en dos Cámaras (artículo 12, párrafo 1, letra a, OG); existen por tanto, dos Salas Civiles, una Cámara Penal (*Kriminalkammer*), etc.

80 La innovación, a causa del secreto y del procedimiento sumario, es vivamente criticada por la doctrina más autorizada. Cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 897, nota 72. Algo semejante existe en el ordenamiento alemán: ver *infra*, n. 31.

período de instrucción (dirigida por un juez instructor, miembro de la propia "Sala de Derecho Público y Administrativo") predomina, como regla, la escritura⁸¹, pero normalmente se ordena el interrogatorio de la autoridad responsable y de los terceros interesados, los cuales son asimismo "invitados" a participar en el proceso. La ley atribuye al Juez Instructor poderes inquisitorios en la búsqueda de la "plena verdad material"⁸².

7. El recurso carece normalmente de efecto suspensivo, no obstante lo cual, el Presidente del Tribunal Federal tiene la potestad de dictar providencias cautelares, entre ellas la que dispone la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuando se considere necesario⁸³.

La decisión final del Tribunal Federal puede desechar el recurso como inadmisibile o improcedente, rechazarlo como infundado o resolverlo favorablemente. El acogimiento podrá basarse únicamente en los razonamientos expuestos por el interesado y deberá mantenerse en el ámbito de las conclusiones propuestas por el mismo; por consecuencia, si por una parte no es aplicable el principio *judex judicet secundum probata partium*, por otra rige el que limita la potestad del juzgador dentro del ámbito de las razones (*causae*

81. Artículo 91, párrafo 1, OG. Cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 897.

82. Así, con algunas salvedades, FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 897. Ver el artículo 95 OG.

83. Artículo 94 OG. Cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 896.

petendi) y de las conclusiones (*petita*) expuestas por el recurrente. El acogimiento significa afirmación de la inconstitucionalidad del acto e implica la casación del mismo⁸⁴; su eficacia es, por tanto, constitutiva, o sea, que la ley, el acto administrativo o la resolución judicial impugnados son anulados, de manera que en algunos casos, en relación con la eficacia (general o particular) de sus decisiones y al objeto de éstos, podrá considerarse al Tribunal Federal como legislador (*negativer Gesetzgeber*), y en otros casos como organismo jurisdiccional supremo (administrativo, civil o penal)⁸⁵. La eficacia casatoria de la sentencia no puede ser también reformatoria, o sea, que el Tribunal Federal no está en posibilidad de sustituir a la autoridad responsable, o a otra cualquiera, para emitir el acto al que está constitucionalmente obligada la propia autoridad, pero en cambio, el mismo Tribunal tiene la facultad de remitir a las autoridades cantonales, instrucciones obligatorias (*verbindliche Anweisungen*) sobre la actividad que deben realizar⁸⁶. Se excluye en

84 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess in Bayern", *op. cit.*, p. 160.

85 FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 887-888, 897 y ss.; y, sin referirse a un determinado ordenamiento positivo, KELSEN H., "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft V*, Berlín, 1929, pp. 70 y ss. y 87.

86 Sobre la eficacia y naturaleza de las decisiones del Tribunal Federal respecto del *Staatsrechtliche Beschwerde*, EGGENSCHWILER E., *Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, Berner Dissert.*, 1936, especialmente a p. 73; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *op. cit.*, parágrafo 26, pp. 250 a 254; FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 897 a 899.

todo caso, como consecuencia de los principios ya expuestos^{86 bis}, que la decisión del recurso pueda tener efectos de reparación, consistentes en la condena (o en la constitución de una obligación) de resarcimiento de los daños⁸⁷.

La sentencia del Tribunal Federal, por regla general, es discutida y votada públicamente (artículo 17 de la Ordenanza Judicial), y no puede ser objeto de impugnación⁸⁸.

^{86 bis} Ver *supra*, n. 1.

⁸⁷ Cfr. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 13.

⁸⁸ FLEINER y GIACOMETTI, op. cit., p. 898.

CAPÍTULO II

PRECEDENTES AUSTRIACOS, HISTÓRICOS Y VIGENTES, DE LA *VERFASSUNGSBESCHWERDE* (*La Beschwerde contra los actos administrativos*)

SUMARIO. 8.— *La Beschwerde en la Dezemberverfassung de 1867; sus límites objetivos.* 9.— *Sus límites subjetivos, el proceso y la eficacia simplemente declarativa de la decisión de acogimiento.* 10.— *La Beschwerde en la Constitución de 1920-1929, puesta en vigor nuevamente en 1946; su eficacia casatoria.* 11.— *Su estructura y funcionamiento.*

8. Menor extensión tiene la *Beschwerde* austriaca, cuyo objeto está constituido únicamente por actos administrativos (de autoridades tanto locales como centrales)⁸⁹.

Su introducción fue intentada sin éxito durante el período revolucionario liberal de 1848-1849, pero

⁸⁹ POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 161.

su realización se remonta sólo a la Constitución de Francisco José, de 21 de diciembre de 1867, en la que constituyó una de las tareas encomendadas al *Reichsgericht* (Tribunal Supremo) de nueva creación⁹⁰.

⁹⁰ STOLZ, O., *Grundriss der österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Innsbruck, 1951, p. 206. La Constitución de 1867, además del *Reichsgericht* para las “acciones relativas a la violación de los derechos del ciudadano, o bien respecto de controversias entre las administraciones regionales o entre éstas y el gobierno central”, estableció también un *Verwaltungsgerichtshof* para las impugnaciones contra las providencias ilegítimas de las autoridades administrativas”, así como un *Staatsgerichtshof* para las “acciones contra los Ministros motivadas por su comportamiento antijurídico” (STOLZ, op. loc. ult. cit). La Constitución de 1920 establece solamente un *Verfassungsgerichtshof* y un *Verwaltungsgerichtshof*; al primero se atribuye, entre otras, la nueva función de juzgar sobre la legitimidad constitucional de las leyes, la que debe ejercitarse a instancia del Gobierno Federal o de los Gobiernos de los *Länder*, o bien también por excitativa de la Suprema Corte de Justicia (que es el juez de última instancia civil y penal) o de la Corte Administrativa, cuando la ley en cuestión tenga relevancia en un proceso pendiente ante estos jueces; dicho recurso puede además ejercitarse de oficio por la Corte Constitucional. Es sabido que la decisión de la Corte Constitucional, por la cual la ley impugnada es reconocida formal o sustancialmente inconstitucional, no consiste en una declaración de nulidad —operante *ex tunc*—, sino en un fallo constitutivo (es decir, *abrogativo*) con eficacia, ordinariamente desde el día de la publicación de la resolución o bien a partir de aquel término *posterior*, que la Corte quiera disponer; a esta eficacia general *ex nunc* (o diferida) se agrega también la de la *desaplicación* de la ley al caso concreto que haya dado ocasión al fallo de la Corte Constitucional. Sobre la Corte Administrativa, ver *infra*, nota 94.

La Constitución de 1867, llamada *Dezemberverfassung* (Constitución de Diciembre) estaba formada por varias leyes constitucionales (*Staatsgrundgesetze*), promulgadas el 21 de diciembre de ese año⁹¹, y entre ellas, la “Ley Fundamental sobre el Tribunal Supremo” (*Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht*) establecía en su artículo 3, letra b), que formaba parte de la competencia de dicho Tribunal, el juicio “sobre recursos (*Beschwerden*) de los ciudadanos por lesión de sus derechos políticos garantizados por la Constitución, después de que la cuestión hubiese sido controvertida a través de los recursos administrativos concedidos por la ley”⁹². El presupuesto de admisibilidad —promoción y agotamiento de los recursos ordinarios *administrativos*— indica claramente que el objeto de la *Beschwerde* estaba constituido solamente por actos administrativos, de manera que el *Reichsgericht* venía a desarrollar una función análoga a la de la Corte Administrativa⁹³, si bien con un radio de acción menos amplio y al mismo tiempo, diverso; en efecto, la *Beschwerde* investía al

El *Reichsgericht*, que tenía su sede en Viena, estaba compuesto de 12 *Mitglieder* y de 4 *Ersatzmänner* nombrados por el Emperador a propuesta del Parlamento (VON HERRNRITT, R., *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes*, Tubinga, 1909, p. 192).

91 Cfr. VON HERRNRITT, *op. cit.*, pp. 53-54, y en general sobre la *Dezemberverfassung*, *ibid.*, pp. 51 y ss.

92 VON HERRNRITT, *op. cit.*, pp. 189 y ss., especialmente a p. 191. Ver también ULBRICHT, I., *Das österreichische Staatsrecht*, 4, Tubinga, 1909, pp. 374-375.

93 De *Spezialverwaltungsgerichtshof* hablaba en efecto ULBRICHT, *op. cit.*, p. 374.

Tribunal de la potestad de juzgar únicamente sobre la violación de los derechos "políticos" del individuo, ocasionada por actos de la autoridad administrativa, y estos derechos han sido siempre identificados por la jurisprudencia del *Reichsgericht* con los derechos garantizados constitucionalmente⁹⁴, o sea, con todas las situaciones activas garantizadas por los preceptos constitucionales, en beneficio de la persona privada frente al Estado. La mayor parte de estos derechos fundamentales estaban contenidos en otro *Staatsgrundgesetz* de 21 de diciembre de 1867, denominado *über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder*⁹⁵, y entre los más importantes pueden mencionarse, la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley (artículo 20), las libertades de domicilio, de profesión, de fe, de conciencia, de manifestación de las ideas, de idioma, los derechos de asociación, de expatriarse, de emigrar, etc.⁹⁶.

9. La legitimación para interponer el recurso correspondía al individuo lesionado, pero los ex-

94 La *Verwaltungsgerichtshof*, por el contrario, tanto la de la Constitución de 1867, como la de la Constitución republicana de 1920-1929, conocía y conoce sólo de la lesión ocasionada por un acto administrativo, de derechos subjetivos no constitucionales del individuo: cfr. FRISCH, H., *Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes*, Viena, 1932, p. 161.

95 VON HERRNRITT, *op. cit.*, pp. 191-192.

96 Cfr. ULBRICHT, *op. cit.*, p. 374; STOLZ, *op. cit.*, pp. 134 y ss.; HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

tranjeros eran excluidos⁹⁷, fijándose un término preclusivo de catorce días que empezaba a correr a partir de la notificación del acto inconstitucional al interesado⁹⁸. El procedimiento, similar al que se desarrollaba ante la Corte Administrativa, se dividía en dos fases, la primera era instructoria (*Vorverfahren, Instruktionsverfahren*), en la que prevalecía la escritura (intercambio de recursos entre el recurrente y sus eventuales contradictores), y a ésta seguía un debate oral y público⁹⁹, debiendo hacerse notar que ni la instrucción ni la decisión estaban sujetas a reglas probatorias¹⁰⁰.

Además de su menor extensión, la *Beschwerde* austriaca de 1876-1918, se diferenciaba y tenía mucha menor importancia que el “recurso de Derecho Público” de Suiza, también por los efectos de la sentencia de acogimiento. En efecto, a dicho fallo no se le otorgaba eficacia constitutiva (casatoria), sino que era simplemente declarativo (*Feststellungserkenntnis*) de la ilegitimidad constitucional¹⁰¹; la falta de efectos

97 Cfr. la sentencia del 15 de abril de 1905 del *Reichsgericht*, en VON HERRNRITT, *op. cit.*, p. 192.

98 ULBRICHT, *op. cit.*, p. 375; VON HERRNRITT, *op. cit.*, p. 192.

99 ULBRICHT, *op. loc. ult. cit.*; VON HERRNRITT, *op. loc. ult. cit.*

100 VON HERRNRITT, *op. loc. ult. cit.*

101 VON HERRNRITT, *op. loc. ult. cit.*; ULBRICHT, *op. cit.*, pp. 374, 375 (donde se expresa que precisamente el *Reichsgericht* debía limitarse al “*rein theoretischer Ausspruch, ob eine Verletzung dieser (durch die Verfassung gewährleisteten) Rechte stattgefunden hat*”. A la decisión meramente teórica de si ha tenido lugar una violación de esos derechos (protegidos por la Constitución).

ulteriores ocasionaba que en la realidad fuera inútil, casi siempre, el ejercicio del recurso¹⁰².

10. Bien diverso aparece, bajo este punto de vista, la *Beschwerde* de la Constitución Federal republicana, de 1 de octubre de 1920-7 de diciembre de 1929. El artículo 144¹⁰³ de esta Constitución (la que como es sabido, ha sido nuevamente puesta en vigor mediante Ley de 1º de mayo de 1945, denominada *Verfassungsüberleitungsgesetz*, o sea, "Ley de Transición Constitucional") y los párrafos 82 a 88 de la llamada Ley de la Corte Constitucional de 1930 (*Verfassungsgerichtshofgesetz*)¹⁰⁴, reglamentan una institución jurisdiccional

102 De lo que se concluye que la *Beschwerde* austriaca de 1867 fue una "benévola concesión" imperial, más que una directa conquista del ciudadano.

103 El artículo 144, y en particular la institución de la *Beschwerde* regulada en dicho artículo, ha sufrido solamente en forma marginal las revisiones constitucionales de 30 de julio de 1925 y de 7 de diciembre de 1929. Ver el texto de 1920 y el de 1925 (en traducción francesa) en MIRKINE GUETZÉVITCH, B., *Les Constitutions européennes*, I. París, 1951, p. 312. De la misma manera la naturaleza de la institución, no es afectada por las modificaciones al artículo 144 de fecha 9 de octubre de 1946 (cfr. ADAMOVICH, L., *Die österreichischen Verfassungsgesetze* 7, Viena, 1948, p. 155; así como *Verfassungsurkunden von Staatenverbindungen, Herausgegeben vom Auswärtigen Amt*, Essen, 1953, pp. 183 y ss.).

Al artículo 144 de la Constitución deben agregarse como disposiciones reglamentarias los incisos del 82 al 88 de la llamada *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1930 (ley de 26 de marzo de 1926, modificada en 1930) que pueden leerse en el texto actualizado por ADAMOVICH, *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, op. cit., pp. de la 570 a la 572.

104 Ver la nota precedente.

que si bajo muchos otros aspectos, puede equipararse a su antecesora, debe considerarse muy distinta y superior en cuanto a su eficacia¹⁰⁵. A este respecto debe destacarse que la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), a petición de parte y durante la tramitación del recurso¹⁰⁶ puede ordenar la suspensión

¹⁰⁵ Se reconoce aquí, además de la imitación, muy probable, del modelo suizo, también la eficacia de la enseñanza kelseniana y de la escuela vienesa. Cfr. en tal sentido una alusión de DREHER, F., "Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, p. 378.

Sobre las distinciones kelsenianas respecto de la eficacia de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* —eficacia esencialmente *represiva* (con lo que no estoy de acuerdo; ver *infra*, n. 38), y *real*, esto es, consistente no en la declaración y castigo de responsabilidades personales (civiles, penales, disciplinarias) del órgano agente, sino en la declaración de la *Nichtigkeit* o en la *Vernichtung* (*Kassation*) del acto y excepcionalmente, también en la sustitución mediante otro acto (*Reformation*)—, cfr. KELSEN, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *op. cit.*, pp. 30 y ss., especialmente pp. 43 y ss., así como pp. 70 y ss.; pp. 51 y ss. KELSEN trata de la eficacia general (*erga omnes*) o particular, retroactiva o *ex nunc* de la *Vernichtung*, cuando ésta tenga por objeto "normas generales". (KELSEN, *ibíd.*, pp. 57 y ss.; considera todavía inoportuno que la *Verfassungsgerichtsbarkeit* tenga por objeto, además de las "normas generales" también los *individuelle Rechtsakte* dictados por los Tribunales o por las autoridades administrativas, incluso para evitar en cuanto a estos últimos, una dañosa confusión entre jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa).

¹⁰⁶ Sobre la composición de la Corte Constitucional (catorce miembros y cuatro suplentes y sobre nombramiento de los jueces) mitad por parte del *Nationalrat* y mitad por parte del *Bundesrat* en la Constitución de 1920, cfr. KELSEN, "Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesver-

de la ejecución del acto impugnado, si la medida no ocasiona perjuicios a la autoridad y al interés público, o por el contrario, si de no otorgarse, se causarían daños irreparables al promovente¹⁰⁷; por otra parte, la sentencia final de la Corte, si no rechaza o desecha el recurso por inadmisibilidad, improcedibilidad o falta de fundamento, consistirá no sólo en la *declaración* de que a través del acto impugnado ha tenido lugar, en perjuicio del recurrente, “una infracción de derechos garantizados por una ley constitucional”, sino además en la consiguiente casación del acto mismo¹⁰⁸. Debe agregarse, finalmente, y siempre en relación con la eficacia de la sentencia de la Corte Constitucional

fassung vom 1. Oktober 1920”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1923, pp. 184 y ss.; diverso es el sistema introducido en 1929 y todavía vigente; el número de los sustitutos ha sido elevado a seis, y el nombramiento de los miembros y de los sustitutos está encomendada al Presidente de la República, que debe hacer su elección parte entre los propuestos por el Gobierno Federal, y el resto entre los recomendados por los Consejos Nacional y Federal.

107 Inciso 86 de la *Verfassungsgerichtsgesetz*, en ADAMOVICH, *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, op. cit., p. 571. Cfr. también FRISCH, *Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes*, op. cit., p. 161.

108 El inciso 87, párrafo 1, del *Verfassungsgerichtshofgesetz*; ver también el segundo párrafo del artículo 144 de la Const. en el texto de 1920 y 1929, inciso 49, en el texto de 1925. En la doctrina, cfr. por ejemplo, KELSEN, “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit”, op. cit., p. 202; FRISCH, *Lehrbuch*, op. cit., p. 161; ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts*, op. cit., p. 315; ERMACORA, F., “Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, p. 212.

austriaca, que cuando dicha Corte casa el acto administrativo impugnado puede también condenar a la autoridad responsable, o establecer la obligación a cargo de cualquiera otra autoridad administrativa, a la realización de los actos que sean susceptibles de reparar o de restablecer *in pristinum* la situación jurídica del sujeto perjudicado¹⁰⁹. La parte vencida puede ser condenada, a petición de su adversario, al pago de las costas procesales¹¹⁰. La vigilancia de la ejecución de la sentencia —en cuanto no sea simplemente casatoria, sino que importe la condena (o la constitución de la obligación) a un comportamiento— es tarea atribuida al Presidente de la República, el que para tal fin puede servirse de todo medio a su disposición, incluyendo el ejército¹¹¹.

11. Por lo que respecta a su fundamento (lesión de cualquiera de las situaciones subjetivas activas individuales garantizadas constitucionalmente)¹¹² y el objeto (actos de autoridades administrativas)¹¹³,

109 Inciso 87, párrafo 2 de la *Verfassungserichthofgesetz* (párrafo introducido en la Novela de 1947). Ver también para la análoga reglamentación en vigor en 1929, FRISCH, *Lehrbuch*, op. cit., pp. 161-162.

110 Inciso 88 de la *Verfassungsgerichtshofgesetz*.

111 Artículo 146, inciso 2, Constitucional; ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., p. 136.

112 Recuerdo entre ellos, el derecho de igualdad frente a la ley (artículo 7 Const.) y el de resistencia (artículo 20 Const.).

113 Cfr. KELSEN, "Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit", op. cit., p. 200, habla precisamente de *Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde*, añadiendo que puede tratarse tanto de actos del *Bund* como de los *Länder*. Ver también ADAMOVICH,

Está legitimada para hacer valer el recurso, la persona, física o jurídica, de Derecho Privado (inclusive extranjera)¹¹⁶, que se ostente como titular del derecho que se afirma violado. El término para recurrir es el de seis semanas contadas a partir de la notificación del acto administrativo inconstitucional¹¹⁷.

El procedimiento se instaura mediante recurso del interesado, cuya copia debe ser entregada a la autoridad de que proviene el acta impugnada, a fin de que pueda, dentro de cierto plazo, presentar su contestación (*Gegenschrift*), si lo estima conveniente¹¹⁸. El procedimiento se divide también en dos etapas, la primera de las cuales, de carácter preparatorio (*Vorverfahren*), y prevalentemente escrita, se desarrolla esencialmente a través de un intercambio de escritos entre el recurrente y la autoridad que eventualmente haya intervenido en la causa¹¹⁹. Si la Corte no rechaza desde luego, *a limine*, el recurso, por notoria inadmisibilidad, la causa, después de haber sido

116 ADAMOVICH, *Grundriss*, *op. cit.*, p. 315; ERMACORA, *op. cit.*, p. 212 texto y nota 15 (donde se citan sentencias de la Corte Constitucional), es ésta otra diferencia respecto a la *Beschwerde* de la Constitución del 67 (ver *supra*, n. 9). Ver también KELSEN, H., FRÖLICH, G. y MERKL, A., *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich*, 5 Teil mit Kommentarmässigen Erläuterungen, Viena, 1923, p. 315.

117 El término de cuatro semanas (FRISCH, *Lehrbuch*, *op. cit.*, p. 161) ha sido elevado en 1947 a seis (ADAMOVICH, *Grundriss*, *op. cit.*, p. 315).

118 Parágrafo 83 de la *Verfassungsgerichtshofgesetz*. Ver también ADAMOVICH, *Grundriss*, *op. cit.*, p. 316.

119 Parágrafo 83, *op. cit.*, ADAMOVICH, *op. loc. ult. cit.*

la *Beschwerde* de la nueva Constitución austriaca no difiere de la anterior¹¹⁴, ni se distingue tampoco en cuanto al presupuesto de admisibilidad, consistente en la promoción y agotamiento regulares de los eventuales recursos administrativos¹¹⁵.

Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, en *Juristische Blätter*, 1950, p. 73, también los actos no escritos están sujetos al recurso: ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., p. 315.

Por tanto, a este respecto puede repetirse en relación con la Corte Constitucional austriaca, cuanto se ha afirmado para el *Reichsgericht* de la Constitución de 1867 (*supra*, n. 8); o sea, que desarrolla ex artículo 144, de la Const., la función de un Tribunal administrativo especial (cfr. KELSEN, op. ult. cit., p. 188; FRISCH, *Lehrbuch*, op. cit., p. 161; ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., p. 314).

114 Cfr. ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., p. 315; FRISCH, *Lehrbuch*, op. cit., p. 161; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 212.

115 KELSEN, op. ult. cit., p. 200; FRISCH, op. loc. ult. cit.; ERMACORA, op. loc. ult. cit. La admisibilidad de la *Beschwerde* ante la Corte Constitucional, excluye, por el contrario, —como ocurría en la Constitución de 1867 (*supra*, nota 94)— el recurso jurisdiccional ante la Corte Administrativa y viceversa; el primer Tribunal es competente cuando la pretendida lesión, por obra de un acto administrativo, hiera un derecho constitucionalmente protegido; el segundo, cuando se afecte un derecho establecido por la ley ordinaria; cfr. KELSEN, "Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit", op. cit., pp. 186 y ss., 200 y ss. En el caso de que la Corte Constitucional estime insubsistente la lesión de un derecho constitucional, puede todavía, a petición del interesado, enviar, ex artículo 144, inciso 2 de la Const., a las partes ante el *Verwaltungsgerichtshof*, remitiéndolo eventualmente a la causa para que decida sobre la violación de otros derechos (ordinarios) del recurrente (ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., pp. 315-316; FRISCH, *Lehrbuch*, op. cit., p. 161).

instruida por un “juez relator”, pasa al debate final, que tiene carácter oral y se efectúa en sesión plenaria de los miembros de la Corte¹²⁰; a esta audiencia son eventualmente “invitados”, además del reclamante (*Beschwerdeführer*) y de la autoridad administrativa (*Verwaltungsbehörde*), otros interesados¹²¹.

120 Es necesaria la presencia cuando menos de ocho miembros votantes, además del Presidente (que normalmente no vota); ADAMOVICH, *Grundriss*, op. cit., p. 316; donde se expresa además, que la deliberación es tomada por mayoría absoluta y no públicamente (como ocurre en el Tribunal Federal suizo, *supra*, n. 7 —y en la *Suprema Corte de Justicia mexicana*: cfr. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padua, 1954, pp. 83 y ss.).

121 Parágrafo 85 de la ley citada.

CAPÍTULO III

LA *VERFASSUNGSBESCHWERDE* EN EL REINO Y EN EL ESTADO LIBRE DE BAVIERA

SUMARIO. 12.— *La Verfassungsbeschwerde como recurso del ciudadano ante la Dieta, en la Constitución del Reino de Baviera de 1818.* 13.— *La Verfassungsbeschwerde en la Constitución de Bamberg de 1919; estructura y funcionamiento.* 14.— *Eficacia no casatoria de la sentencia y sus efectos sobre el objeto del recurso.* 15.— *La Verfassungsbeschwerde en la Constitución de 1946; su influencia sobre el legislador federal.* 16.— *Sus límites objetivos en relación con los derechos tutelados.* 17.— (Continúa) y en relación con los actos impugnables. 18.— *Su reglamentación procesal.* 19.— *Interpretación de las disposiciones sobre los efectos de la decisión de acogimiento: a) en relación con los actos administrativos (se afirma su eficacia constitutiva).* 20.— (Continúa) b) y en relación con los actos jurisdiccionales (se niega su eficacia casatoria). 21.— *La institución bávara de la Popularklage y descripción de la Richterklage (también en relación con el Derecho Federal alemán).*

12. La *Verfassungsbeschwerde* ha tenido en Baviera una larga tradición, puesto que ya era conocida, si bien en una forma particularísima y sin embargo, siempre, a mi modo de ver, con

naturaleza de institución jurisdiccional¹²² en la *Verfassungsurkunde* (Carta Constitucional) monárquica de 26 de mayo de 1818¹²³, cuyo Título 7, parágrafo 21, facultaba a cualquier ciudadano (y a los Municipios) para acudir ante una de los Cámaras de la Dieta, en defensa de los derechos garantizados por los preceptos constitucionales, contra actos de autoridades públicas (*Staatsbehörden*)¹²⁴. La *Verfassungsbeschwerde* era examinada primeramente por una Comisión de la Cámara ante la cual se acudía, y más tarde se sometía a la discusión de la Cámara misma; si la mayoría consideraba fundado el recurso, éste era discutido a su vez por la otra Cámara. En el caso de que también

122 *Infra*, nota 365. Ver también *supra*, n. 4.

123 Dicha Constitución permaneció vigente, con algunas reformas no esenciales, exactamente un siglo, habiendo sobrevivido, sin ser trastornada, tanto al turbulento periodo del 1848-49, como al de la unificación germánica. Ella era, al fin de la Primera Guerra Mundial, la más antigua Constitución vigente en la Federación Alemana, y cae con la derrota alemana y con la insurrección comunista que estalló en Munich el 7 de noviembre de 1918 (NAWIASKY, H., *Bayerisches Verfassungsrecht*, Munich, 1923, pp. 3, 4, 8).

124 Cfr. VON SEYDEL, M., VON GRASSMANN, J., y PILOTY, R., *Bayerisches Staatsrecht*, Tubinga, 1913, p. 230; POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 186; WINTRICH, J., *Schutz des Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage*, Regensburg, 1950, p. 4.

En general, sobre la Constitución de la monarquía bávara, cfr. NAWIASKY, *op. ult. cit.*, pp. 4 y ss. Se componía de diez títulos, de los cuales el 4to y el 5to trataban, respectivamente *von allgemeinen Rechten und Pflichten* y *von besonderen Rechten und Pflichten*. ("de derechos y obligaciones generales" y "de derechos y obligaciones especiales").

esta última manifestase una opinión favorable al acogimiento del recurso, el mismo era presentado al Rey, quien, si lo estimaba fundado, podía, de acuerdo con el Título 10, párrafo 5, de la Constitución, disponer inmediatamente las medidas adecuadas para reparar (*abhelfen*) la lesión; si por el contrario, consideraba dudoso el fundamento del recurso, podía ordenar que el Consejo de Estado (*Staatsrat*), o bien, según el objeto de la *Beschwerde*, el máximo órgano judicial, previa la debida investigación, decidiese el fondo del propio recurso¹²⁵.

13. Notable es la evolución experimentada por la *Verfassungsbeschwerde* en el párrafo 93 de la "Carta Constitucional del Estado Libre de Baviera" (*Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern*).

Esta Constitución, denominada también "Constitución de Bamberg" (*Bamberg Verfassung*) por el

125 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 154 y ss. Este autor excluye (p. 155) que el Rey o el *Staatsrat* pudiesen emitir "eine Aenderung (una modificación), (comprendida la casación) *rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen*" (de sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada), la cual vendría a chocar contra el principio, ya acogido por la Constitución de 1818, de la autonomía e independencia del poder judicial; niega por tanto POHLE que la *Verfassungsbeschwerde* del viejo Derecho bávaro pudiese tener por objeto providencias jurisdiccionales (p. 154); en el mismo sentido WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 4. Y puesto que el procedimiento de la *Verfassungsbeschwerde* no era conveniente ni siquiera para un recurso contra actos legislativos, parece necesario concluir que ordinariamente sólo actos administrativos podían impugnarse con aquel medio.

lugar en el cual fue aprobada por el Parlamento el 14 de agosto de 1919¹²⁶, estableció, en efecto, que entre las funciones de la *Staatsgerichtshof* (Corte del Estado) —*principaliter*, juicio relativo a las acciones penales contra ministros y diputados y de controversias de naturaleza constitucional (*Verfassungstreitigkeiten*), que se referían a problemas constitucionales entre los máximos órganos del Estado—¹²⁷ se debería comprender también el juicio respecto a los recursos constitucionales promovidos por los ciudadanos contra los actos de una autoridad pública¹²⁸.

126 La Constitución de Bamberg es casi contemporánea a la Constitución de Weimar, que es del 11 de agosto de 1919.

127 NAWIASKY, H. y LEUSSER, C., *Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (Systematischer Überblick und Handkommentar)*, Munich, 1948, p. 140; NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, *op. cit.*, pp. 451 y ss., especialmente las páginas 466 a 470.

128 El texto del párrafo 93 era el siguiente (cfr. NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, p. 548): *Jeder Staatsangehörige und jede juristische Person, die in Bayern ihren Sitz hat, haben das Recht der Beschwerde an den Staatsgerichtshof, wenn sie glauben, durch die Tätigkeit einer Behörde in ihrem Recht unter Verletzung dieser Verfassung geschädigt zu sein. Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn vorher ohne Erfolg beim Ministerium um Abhilfe nachgesucht worden oder der Rechtsweg erschöpft ist. Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes sind dem Beschwerdeführer, dem Landtag und dem Ministerium mitzuteilen.* (Cualquier ciudadano o persona jurídica que resida en Baviera, tiene el derecho de acudir ante el Tribunal del Estado, cuando crea haber sufrido perjuicio en su derecho por la actividad de alguna autoridad, que haya ocasionado una violación constitucional. La reclamación solo será admisible cuando previamente se haya intentado sin éxito su rectificación ante el Ministerio o cuando se haya agotado la vía jurídica.

El fundamento del recurso radicaba, según disposición del párrafo 93 citado, en la lesión de cualquier derecho subjetivo (o situación jurídica activa) del recurrente, con tal de que la infracción tuviera su origen en la actividad o inactividad, en la conducta, en suma¹²⁹ de una autoridad (se entiende de Baviera, o sea, estadual, y no federal o de los otros Estados de la Unión)¹³⁰, y dicho comportamiento fuese objetivamente contrario a la Constitución del Estado de Baviera¹³¹. El derecho subjetivo lesionado no era preciso que estuviese establecido y garantizado por un precepto constitucional (estadual),

Las sentencias del Tribunal del Estado deberán notificarse al quejoso, al Landtag [Parlamento local] y al Ministerio).

129 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 459; en tal sentido disponía precisamente el párrafo 42, inciso 2 de la ley ordinaria sobre el *Staatsgerichtshof* bávaro, expedida el 11 de junio de 1920 con apoyo en el artículo 70, inciso 4 de la Constitución.

130 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 458; inciso 43 de la ley sobre el *Staatsgerichtshof* citada.

131 No, si fuese contrario a la Constitución de Weimar y a otras constituciones locales. Cfr. NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 459.

A este respecto debe hacerse notar que la *Bamberger Verfassung* se remitía casi por completo a la Constitución de Weimar para lo relacionado con los *Grundrechte* de hombre; concluyéndose que en el ámbito de la Constitución bávara, estos derechos, no obstante haber sido reglamentados por la Constitución Federal, venían a asumir, a causa de la *Verfassungsbeschwerde* — ignorada por el Derecho Federal — una fisonomía totalmente particular, puesto que poseían en el ámbito del Estado federado, un medio de tutela jurisdiccional-constitucional, que les faltaba, por el contrario, en el ordenamiento de la Federación. Cfr. NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 58.

a condición de que la actividad fuese contraria, por otro motivo, a cualquiera de las disposiciones de la Ley Suprema —y no sólo de aquéllas que reglamentaban los derechos del hombre— y por otra parte, no existía legitimación para hacer valer el recurso, si la actividad, objetivamente inconstitucional, no estuviera acompañada de la (pretendida) lesión de un derecho subjetivo propio del *Beschwerdeführer* (recurrente), derecho que podía tener su fuente en cualquier disposición tanto ordinaria como federal¹³². Era éste uno de los aspectos más originales de la institución bávara, comparativamente a los recursos suizo y austriaco; no consistía, por tanto, en un medio jurisdiccional establecido específicamente para la protección exclusiva de los derechos constitucionales del ciudadano (*Grundrechte*) y eventualmente de otros derechos o situaciones subjetivas activas de carácter fundamental (como por ejemplo, la inmunidad parlamentaria) que, si bien normalmente están garantizadas constitucionalmente, no forman parte de los clásicos “derechos de libertad” o “fundamentales”, pero su radio de acción era más amplio, refiriéndose por un lado a todos los derechos y situaciones subjetivas, y por otro —si bien en forma indirecta— a todas las disposiciones constitucionales, que de esta manera resultaban protegidas contra actos de inobservancia¹³³.

132 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 457 y ss.

133 Así por ejemplo, según NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 459 y 461, toda sentencia civil o penal, podía impugnarse mediante la *Verfassungsbeschwerde* “bajo el aspecto de lesión al principio de igualdad frente a la ley (parágrafo 15 de la Const.)”. Las observaciones que deben hacerse respecto a la eficacia de la sentencia de la Corte Constitucional, nos llevan a desechar parcialmente las enseñanzas de este autor

El derecho (constitucional) de interponer el recurso, en los términos del mencionado párrafo 93 de la Ley Suprema, era atribuido, según el texto del mismo precepto: “a cualquier ciudadano del Estado” (o sea, de Baviera), así como “a cualquiera persona jurídica que radique en Baviera” (párrafo 94, inciso 1)¹³⁴. Pero la interpretación que se ha hecho de dicho texto, ha modificado en parte, y en otra, precisado, el significado y el alcance de su redacción literal. En efecto, en relación a las personas físicas, como el artículo 110, inciso 2 de la Constitución de Weimar¹³⁵ establecía, que: “Todo alemán tiene, en cada región del Reich, los mismos derechos y deberes de los ciudadanos de la región misma”, se concluía que no sólo a los ciudadanos bávaros, sino a todos los alemanes, pertenecía el derecho de acudir ante la *Staatsgerichtshof* de Baviera, para obtener la tutela contra actos (inconstitucionales y lesivos de su derecho) de una autoridad del *Land* de Baviera¹³⁶. Y por lo que respecta, por el contrario, a las personas jurídicas, se había advertido que el derecho de recurrir, correspondía, por regla general, a las

(*infra*, n. 14); las cuales, por el contrario pueden considerarse válidas por lo que se refiere a las lesiones causadas a través de actos administrativos, los que, como ocurre en la República Helvética, son considerados lesivos del párrafo 15 citado, si son arbitrarios; ver *supra*, n. 5, las analogías con el Derecho suizo.

134 Cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 4.

135 Que puede verse traducida al italiano en MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Florencia, 1946.

136 Cfr. NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 250, 255 (especialmente p. 263), y p. 457.

personas de Derecho Privado y de Derecho Público, siempre que pudieran asumir la calidad de titulares de “derechos subjetivos susceptibles de ser lesionados por una autoridad”¹³⁷.

Objeto del recurso constitucional era el acto, o más precisamente, la conducta, inclusive omisiva, de una autoridad (*Behörde*) del Estado de Baviera; podía tratarse también, según la opinión más autorizada¹³⁸ de actos de organismos públicos autónomos (*Selbstverwaltungsbehörden*), siempre que obraran en el ámbito y bajo el control del Estado mismo. A tal efecto, se consideraron como autoridades (*Behörden*) tanto las administrativas como las judiciales, pero no las legislativas¹³⁹.

Presupuesto para la admisibilidad del recurso era, tratándose de *Beschwerde* contra actos administrativos, que el interesado hubiese solicitado sin éxito, su reparación (*Abhilfe*) ante el Ministerio estadual correspondiente; y en todo caso, que el acto fuese de única o de última instancia, o sea que el interesado

137 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 457.

138 Cfr. NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 458.

139 Lo que es acogido pacíficamente y puede aplicarse —como se verá— también para el vigente Derecho Constitucional bávaro. Los órganos legislativos —escriben NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 145 y 202—, a diferencia de lo que sucede en Suiza, no son (“según el uso lingüístico dominante durante largo tiempo en Alemania”) indicados con el nombre de *Behörden*; que se refiere, por el contrario, únicamente a las autoridades administrativas y judiciales. Ver también NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 458.

hubiese agotado toda la serie eventual de recursos jurisdiccionales otorgados por la ley¹⁴⁰.

Ningún término preclusivo era fijado para la interposición del recurso, de manera que podía intentarse en cualquier tiempo¹⁴¹, lo que constituía un grave motivo de incertidumbre respecto a la estabilidad de los actos administrativos¹⁴².

El procedimiento ante la *Staatsgerichtshof* era normalmente gratuito, pero la Corte tenía la facultad de imponer una multa al recurrente de mala fe. Si el recurso resultaba fundado, debían reembolsarse al recurrente las costas procesales “necesarias”¹⁴³.

El recurso debía proponerse mediante escrito con cuya copia debía correrse traslado al “Ministerio

140 El parágrafo 93, inciso 1, párrafo 2, de la Constitución, y el parágrafo 42, inciso 3, párrafo 3 de la Ley sobre el *Staatsgerichtshof* citada. Cfr. NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 458 y ss., y 462; WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., pp. 4 y ss.

141 POHLE, “Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess”, op. cit., pp. 157 y ss.; NAWIASKY, op. ult. cit., p. 462.

142 Pero no para los judiciales, para los cuales es decisivo el hecho de que —como veremos— el *Staatsgerichtshof* no tenía la potestad de casar los fallos con autoridad de cosa juzgada; en sentido opuesto opina NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 462, quien señala los inconvenientes de la falta de fijación de un término preclusivo, especialmente el hecho que “de este modo” la institución de la cosa juzgada resulta gravemente trastornada. Esta conclusión es infundada, como se demostrará al examinarse la eficacia de la sentencia de acogimiento de la *Verfassungsbeschwerde* contra resoluciones jurisdiccionales.

143 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 466.

interesado”, y en el caso de impugnación de resoluciones judiciales, dicha notificación debía ser hecha, según una acreditada opinión, al Ministerio (bávaro) de Justicia, o bien al del Interior, tratándose de resoluciones de órganos judiciales administrativos¹⁴⁴. El Ministerio interesado tenía la facultad, si lo consideraba oportuno, de presentar alegatos en defensa del acto impugnado; podía además asistir —junto con el recurrente— al desahogo de los medios de prueba, en relación con los cuales la Corte tenía ilimitados poderes de iniciativa oficial; y podía, en fin, participar en el debate final de la causa, el que podía desarrollarse (a juicio del Presidente de la Corte) oralmente o por escrito¹⁴⁵.

La decisión era tomada por mayoría simple, en sesión secreta de los miembros de la Corte y era comunicada al recurrente, al *Landtag* y al Ministerio relativo.

14. Otra laguna, aún más grave que la de la falta de fijación de un término preclusivo para la interposición del recurso, se advertía¹⁴⁶ —y se advierte también en el Derecho bávaro vigente, como veremos—¹⁴⁷ a propósito de la eficacia de la decisión favorable al recurrente.

144 NAWIASKY, *op. ult. cit.*, p. 463; y ello —observa (pero sin explicaciones) NAWIASKY— aun cuando en tales casos ni el Ministerio de Justicia, ni el del Interior podían haber influido en la decisión impugnada (y no podían considerarse, por tanto, responsables de la inconstitucionalidad).

145 NAWIASKY, *op. ult. cit.*

146 Cfr. NAWIASKY, *op. ult. cit.*, p. 465.

147 Ver *infra*, números 19 y 20, pp. 117 y ss.

A este respecto, la Constitución únicamente establecía que las decisiones de la Corte deberían ser “comunicadas”, además del recurrente, también al *Landtag*¹⁴⁸ y al Ministerio¹⁴⁹. Por otra parte, la Ley ordinaria de 11 de junio de 1920 sobre el *Staatsgerichtshof*, contenía en su párrafo número 47, inciso 3, dos disposiciones aparentemente contradictorias. En efecto, la primera parecía disponer que el fallo de acogimiento del recurso debería consistir en una sentencia meramente declarativa: “Si el recurso es acogido, en la resolución deben establecerse (*feststellen*) el precepto constitucional violado, el acto de autoridad que hubiese ocasionado la infracción y el derecho subjetivo del recurrente que haya sido lesionado.” La segunda hacía pensar, por el contrario, en una sentencia de condena: “La ejecución corresponde al Ministerio competente”¹⁵⁰.

La solución al problema ocasionado por las referidas disposiciones, puede ser la siguiente: que la sentencia aún no siendo de condena (porque, para ser tal, habría presupuesto una dudosa responsabilidad del Ministerio)¹⁵¹, tampoco podía estimarse

148 Tal vez para un control político sobre la actuación de los órganos administrativos locales; así como por la razón de que la *Verfassungsbeschwerde* podía ser acogida si el acto impugnado se realizaba en ejecución o aplicación de una ley estimada inconstitucional por el *Staatsgerichtshof*.

149 Párrafo 93, inciso 2, de la Constitución.

150 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 464.

151 Lo que no puede sostenerse, principalmente respecto de los casos de que se habla, *supra*, nota 144. Entendida la responsabilidad como sujeción a la sanción por violación de una

como simplemente declarativa, sino *constitutiva* de una obligación a cargo del "Ministerio competente", vinculado por el fallo, precisamente, a hacer todo cuanto estuviese en su poder, no solo para evitar nuevas infracciones, sino para quitar de en medio (revocar o modificar) el acto impugnado y sus consecuencias. Esta situación, si era admisible respecto a los actos administrativos, en virtud del vínculo de dependencia jerárquica de los órganos del Poder Ejecutivo a los Ministerios¹⁵², era extremadamente opinable respecto de las resoluciones jurisdiccionales, para las cuales no estaba prevista en la Ley una posibilidad de casación, por lo que si bien se sostenía con autoridad, que en estos casos existía una *Schadenersatzleistung* (reparación) a cargo del Ministerio, esta opinión carecía de fundamento legal¹⁵³, y por el contrario, la jurisprudencia de la *Staatsgerichtshof* fue constante en su posición de considerar inadmisibles el recurso constitucional contra sentencias que hubiesen alcanzado autoridad de cosa juzgada^{154, 155}.

obligación; cfr. para todo, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3, Roma, 1951, pp. 169, y ss., *Id.*, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4, Roma, 1951, p. 185.

152 NAWIASKY, *Bayerisches Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 465.

153 Que es lo sostenido por NAWIASKY, *op. ult. cit.*, pp. 464 y ss.

154 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, pp. 155 y ss. (en nota cita de jurisprudencia del *Staatsgerichtshof*); WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

155 Y a causa del presupuesto de admisibilidad, consistente en el agotamiento del *Rechtsweg* (que implicaba normalmente la adquisición de la categoría de cosa juzgada por la decisión jurisdiccional), es claro que podía considerarse completamente excepcional la admisibilidad de la *Verfassungsbeschwerde* con-

15. Derogada la Constitución de Bamberg en 1933 con motivo del advenimiento al poder de la dictadura nacionalsocialista, el recurso constitucional, institución esencialmente liberal, desaparece en Alemania hasta el año de 1946, en que resurge con la nueva "Constitución del Estado Libre de Baviera" (*Verfassung des Freistaates Bayern*) de 2 de diciembre de 1946¹⁵⁶, en la que se encuentra, al lado de otra institución de carácter jurisdiccional—constitucional, o sea la *Popularklage* (acción popular), la que también debemos examinar en virtud de su afinidad—al menos funcional— con el recurso constitucional al que hemos venido haciendo mérito¹⁵⁷. Se debe advertir desde ahora, con el fin de apreciar mejor la importancia de la nueva *Verfassungsbeschwerde* de Baviera, enmarcada en el Derecho Constitucional alemán (no sólo regional), que la misma ha constituido el modelo que más directamente ha influido sobre el legislador federal¹⁵⁸. En efecto, cuando se ha planteado el problema de establecer en el plano

tra resoluciones jurisdiccionales, tanto civiles y penales como administrativas; a este respecto aparece patente la influencia, antes señalada, de la vecina Austria.

Se verá en el número siguiente cómo esta observación puede repetirse también para el vigente Derecho bávaro (*infra*, números 17 y 20).

156 Que es mencionado, por ejemplo, por FÜSSLEIN, R.W., *Deutsche Verfassungen*, Berlín, 1951, pp. 126 y ss.

157 Ver para breves referencias sobre la *Richterklage* (*infra*, n. 21, pp. 111 y ss.).

158 Así resulta también de las discusiones parlamentarias. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 255-256; POHLE, *Bemerkungen über Verfassungsbeschwerde*

nacional, una institución semejante, antes que precedentes extranjeros, históricos o vigentes, se ha tenido constantemente presente el recurso bávaro, inclusive en su práctica jurisprudencial, aunque con frecuencia se aparte de él y otras veces lo perfeccione (especialmente en cuanto a la extensión y eficacia de la resolución de acogimiento). Una influencia similar ha ejercido el recurso bávaro sobre el derecho de otros *Länder* alemanes de la postguerra¹⁵⁹, que también examinaremos con posterioridad (*infra*, cap. V).

16. Notables diferencias pueden observarse entre la *Verfassungsbeschwerde* bávara de 1919 y la de 1946. Fundamentalmente se advierte una distinción importante en cuanto a la función del recurso, que está restringida actualmente (a imitación de los derechos suizo y austriaco) a la tutela de los *verfassungsmässige Rechte*, o sea, de los derechos y de las situaciones establecidas únicamente por las normas constitucionales, y no como en la Constitución de Bamberg, en que la protección se extendía a *cualquier* derecho subjetivo lesionado por un acto que, por otra parte, fuese también objetivamente inconstitucional¹⁶⁰. Así, en efecto, los artículos 66 y 120 de la nueva

und Normenkontrolle nach Bundes- und nach Landesrecht, Wiesbaden, 1953, p. 46.

159 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 256.

160 Ver *supra*, n. 13. Sobre esta materia POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 145; NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, pp. 65, 145, 202; NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des*

Ley Suprema, establecen lo siguiente: artículo 66: "La Corte Constitucional juzga respecto de recursos contra violaciones de los derechos constitucionales (del recurrente) realizadas por una autoridad"¹⁶¹; y artículo 120: "Cualquiera que resida en Baviera, puede, si se considera lesionado en sus derechos constitucionales por actos de una autoridad, invocar la protección de la Corte Constitucional bávara"¹⁶². Finalmente, el artículo 48 de la citada Ley Fundamental, después de establecer en su primer párrafo que algunos *Grundrechte* (libertad de imprenta, de expresión y de reunión, y derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico) pueden ser limitados por el gobierno estatal durante una semana, en caso de peligro inminente para el orden y la seguridad públicos, a través de providencias con fuerza de ley, y en el segundo párrafo el propio precepto determina que la propia autoridad estadual, en tal emergencia, está obligada a informar inmediatamente al Parlamento de todas las medidas

Freistaates Bayern vom. 2. Dezember 1946 (Ergänzungsband zum HandKommentar), Munich, 1953, p. 63.

Si un acto administrativo lesiona un derecho subjetivo no constitucional, podrá normalmente, ser impugnado por el interesado ante los órganos jurisdiccionales administrativos (artículo 93 de la Const., y Ley núm. 39 de 25 de septiembre de 1946 *über die Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Cfr. NAWLASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 170.

161 *Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmässigen Rechte durch eine Behörde.*

162 *Jeder Bewohner Bayerns, der sich durch eine Behörde in seinen verfassungsmässigen Rechten verletzt fühlt, kann den Schutz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes anrufen.*

Por “derechos constitucionales” (*verfassungsmässige Rechte*) deberán entenderse, como en Austria y en Suiza, no sólo los llamados *Grundrechte*, o sea, los clásicos “derechos del hombre” —que están reglamentados— por los artículos 98 a 123 del Capítulo Segundo (*zweiter Hauptteil*) de la Constitución, entre los que merecen recordarse los derechos de “igualdad frente a la ley” y “frente a la protección que deriva de las leyes”

constitucional); además, la nueva Constitución (artículo 67) otorga al legislador la potestad de ampliar, con ley ordinaria, las atribuciones de la Corte Constitucional. (Cfr. NAWIASKY y LEUSSE, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 140 y ss.; la “ley núm. 72” puede verse en dicha obra en las pp 295 y ss.).

El nuevo *Verfassungsgerichtshof*, que tiene su sede en Munich de Baviera ante el *Oberlandesgericht* bávaro (artículo 68, párrafo 1 Const.) se integra de la siguiente manera: a) De un Presidente del *Oberlandesgericht*, de ocho jueces togados (*Berufsrichter*) de los cuales tres pertenecen al *Verwaltungsgerichtshof* bávaro, y de otros dieciséis miembros (“legos” o sea, no profesionales), en caso de acciones penales contra ministros o contra miembros del Parlamento; b) De un Presidente y ocho jueces togados, de los cuales tres deben pertenecer al *Verwaltungsgerichtshof* bávaro, en caso de juicio sobre la constitucionalidad de las leyes ver ex artículo 65 de la Const.; c) De un Presidente, tres jueces togados, dos de los cuales deben pertenecer al *Verwaltungsgerichtshof* bávaro, y otros cinco miembros, en los otros casos (artículo 68, inciso 2, de la Const.; párrafos 3 y ss. de la “ley núm. 72”). Los jueces de la Corte Constitucional, tanto los togados como los legos (los cuales, sin embargo deben distinguirse por sus particulares conocimientos en el campo del Derecho Público), son electos por el Parlamento, según las normas establecidas en los párrafos 4 y ss. de la ley citada.

restrictivas que se han tomado, y a petición del mismo Parlamento, revocar dichas medidas en todo o en parte o suspenderlas, estando facultado el referido Parlamento para aprobar las restricciones así como para prorrogarlas no ya por una semana, sino hasta por un mes; pero a este control político se agrega otro de naturaleza jurisdiccional constitucional, ya que de acuerdo con la parte relativa del mandamiento de que se trata: "Contra las medidas mencionadas, es admisible, además, el recurso ante la Corte Constitucional de Baviera, la que en el término de una semana, debe decidir, al menos provisionalmente"^{163, 164}.

163 *Gegen die betroffenen Massnahmen ist ausserdem Beschwerde zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof zulässig; dieser hat innerhalb einer Woche wenigstens eine vorläufige Entscheidung zu treffen.* Es éste un caso especial de *Verfassungsbeschwerde*, que por otra parte está comprendido en la norma general del artículo 120 (NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 130 y 202).

164 Las funciones del *Verfassungsgerichtshof* bávaro son, con base en la Constitución de 1946 y a la "ley núm. 72 (*über den Verfassungsgerichtshof*) del 22 de julio de 1947, más amplias que las del *Staatsgerichtshof* de la Constitución de Bamberg. Esta última atribuía a la Corte la competencia respecto de acciones penales intentadas por de "controversias constitucionales" (*Verfassungstreitigkeiten*) entre los máximos órganos consitucionales del *Land*, y finalmente respecto de *Verfassungsbeschwerden*. La primera por el contrario, le atribuye, además de estas tres funciones (arts. 61, inciso 19, 64 y 66 Const.) también la competencia para juzgar sobre la validez de la elección de los miembros del Parlamento (artículo 63 Const.), la competencia respecto a la exclusión de ciertos grupos de electores del ejercicio del derecho de voto (artículo 62 Const.) y sobre todo —como veremos— para conocer del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes (arts. 65 y 98, inciso 4,

(artículo 118)¹⁶⁵, el derecho de petición, las libertades de fe, de conciencia, de expresión y de imprenta, de expatriarse, de asociación, etc., así como “todos aquellos derechos subjetivos y situaciones jurídicas activas del individuo, que se infieren de cualquiera de las disposiciones contenidas en la Ley Fundamental (ya sea en su texto o en otra ley constitucional)”¹⁶⁶. Así, por ejemplo, están también tutelados el derecho de ciudadanía bávara (*Staatsbürgerecht*)¹⁶⁷, la situación jurídica de miembro de la Cámara de Diputados o del Senado¹⁶⁸, incluyendo el derecho de inmunidad parlamentaria¹⁶⁹, ciertos derechos relativos al desempeño de un empleo del Estado¹⁷⁰, el derecho de obtener autorización para el establecimiento de una escuela particular, si se cumplen los requisitos establecidos

165 A este respecto, puede repetirse lo que se ha dicho anteriormente en la nota 133.

166 WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 6; ver también NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 65, 145 (donde se cita también el testimonio del *Stenographischer Bericht über der verhandlungen des Verfassungsasschusses der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung*, I, 1946, p. 220). NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 63.

167 Arts. 4 y 7 Constitucionales; cfr. NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 145 y WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 7.

168 Arts. 19, 36, 37 de la Const.; cfr. NAWIASKY y LEUSSER, op. loc. ult. cit.

169 Artículo 28 de la Const.; cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 8, donde se cita la sentencia de 28 de junio de 1948 de la Corte Constitucional, que apoya este criterio.

170 Artículo 95 de la Const.; cfr. NAWIASKY y LEUSSER, op. loc. ult. cit.

por la Ley Suprema¹⁷¹, y también los “derechos sociales” que en el ordenamiento italiano son considerados con frecuencia como meras “recomendaciones”, como por ejemplo, el derecho al trabajo¹⁷², y así sucesivamente.

17. Constituyen el objeto del nuevo recurso (*Verfassungsbeschwerde*) —como ocurría en la Constitución de Bamberg— los actos de imperio de cualquier autoridad (*Behörde*) del Estado de Baviera o de otra autoridad local autónoma sometida a la vigilancia y al control del *Land* bávaro, pero se excluyen los actos de las autoridades legislativas¹⁷³, o sean los del *Landtag* y

171 Artículo 134, inciso 2, de la Const.; cfr. NAWIASKY y LEUSSER, *op. loc. ult. cit.*

172 Artículo 166, inciso 2, de la Const.; cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.* p. 8, quien menciona la sentencia de 17 de diciembre de 1947 de la Corte Constitucional que confirma esta tesis. El derecho al trabajo ha sido afirmado como un verdadero y propio *verfassungsmässiges Recht* susceptible de tutela a través del recurso constitucional, si bien el artículo 166, inciso 2 de la Constitución, reserva su reglamentación a la ley ordinaria, y dice lo siguiente: “Cada uno tiene el derecho de crearse con el trabajo una existencia confortable, y tiene el derecho y el deber de elegir, al servicio de la comunidad y según las ulteriores disposiciones de la ley, un trabajo conveniente a sus aptitudes y a su formación cultural.” Sobre la naturaleza meramente programática del artículo 4 de la Constitución italiana, el cual, según nuestra doctrina predominante, “no produce de por sí ningún efecto”, cfr. para todo, BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 353.

173 La razón se indica *supra* en la nota 139. A la literatura allí citada debe agregarse: NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, p. 64; WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 9.

del *Senat*¹⁷⁴. Sin embargo, también los propios actos legislativos pueden ser materia del recurso aunque en forma mediata, es decir, cuando el acta administrativo o judicial es impugnado a través de la *Beschwerde*, por haber constituido la aplicación o ejecución de una ley inconstitucional y que por esta causa haber originado una infracción de los derechos o situaciones constitucionales del recurrente¹⁷⁵.

174 Así específicamente NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 145. Estos autores consideran que aun los actos de los órganos mencionados, tanto cuando sean de mera aplicación como de creación de derecho, están sujetos a la *Verfassungsbeschwerde*; como por ejemplo, tratándose de actos internos de policía y en general de administración, o bien de actos de autorización para la instauración de un procedimiento penal contra un diputado o senador (arts. 21, 28, 38 Const.), etc. En tal sentido ver también WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 9, y la sentencia (por él citada) del 28 de junio de 1948 pronunciada por la Corte Constitucional bávara.

175 NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 145 y 202. Veremos a continuación cómo otra función de la Corte Constitucional bávara, consiste precisamente en la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales, a petición de cualquier juez (se entiende estatal) (artículo 92 Const.) o en virtud del ejercicio de una acción popular (artículo 98, inciso 4 Const.)

Es interesante la observación (cfr. NAWIASKY y LEUSSER, op. loc. ult. cit). en el sentido de que, cuando la *Verfassungsbeschwerde* tiene por objeto el acto de aplicación o de ejecución de una ley contraria a una de las normas de la Constitución que establezcan los derechos fundamentales del individuo, en tal caso la Corte Constitucional deberá no sólo juzgar sobre el recurso, sino también declarar de oficio, la nulidad de la ley misma; de manera que la *Beschwerde* funcionará también

En cuanto a los actos jurisdiccionales, al menos teóricamente, parecen estar sujetos, sin excepción, al recurso constitucional. Veremos sin embargo, al hablar de la eficacia de la sentencia de acogimiento del propio recurso, que es muy dudosa la realizabilidad práctica de la afirmación anterior¹⁷⁶. Por el contrario, está fuera de toda duda, inclusive desde el punto de vista de la práctica, la sujeción de los actos administrativos al repetido recurso constitucional como luego veremos¹⁷⁷.

18. Tienen derecho a recurrir todos aquellos individuos, inclusive extranjeros, que tengan su residencia en Baviera (*Wohnsitz, dauernder Aufenthalt*)¹⁷⁸, y no exclusivamente los ciudadanos bávaros, como establecía textualmente la ley de 1919¹⁷⁹, ni, según la interpretación de dicho ordenamiento, todos (y únicamente) los ciudadanos alemanes¹⁸⁰. El *Beschwerderecht* corresponde asimismo a las personas jurídicas de Derecho Privado que tengan su domicilio en Baviera. Para que el recurso pueda estimarse fundado, es necesario un nexo de causalidad entre el

como *Normenkontrolle*, de manera semejante a la *Popularklage* ex artículo 98, párrafo 4 de la Constitución (artículo que examinaremos *infra*, p. 115), y del mismo modo de la *Richterklage* (*infra*, n. 21).

176 Ver *infra*, n. 20.

177 *Infra*, n. 19.

178 NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, p. 202; WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 11. *Jeder Bewohner Bayerns* dice el artículo 120 de la Constitución (*supra*, nota 102).

179 Ver *supra*, n. 13.

180 *Supra*, n. 13.

acto impugnado y la lesión de un derecho o situación constitucional que pertenezca al promovente.

También aquí, como en Suiza y en Austria y en el ordenamiento federal alemán,¹⁸¹ el proceso ante la Corte Constitucional no se desarrolla necesariamente en forma de contradictorio entre dos o más partes. Además del recurrente, cuya actividad procesal es necesaria inicialmente, o sea, para la instauración del proceso, no existen otras partes necesarias;¹⁸² existen únicamente "interesados" o más propiamente "contra-interesados", que son la *Staatsregierung* (Gobierno del Estado) o el *beteiligtes Staatsministerium* (Ministerio interesado)¹⁸³, a los cuales debe ser notificada copia del recurso, con el objeto de que estén en posibilidad de intervenir en el juicio, si lo creen conveniente, presentar observaciones por escrito, asistir a la recepción de

181 Ver *supra*, n. 5 e *infra*, nn. 27 y 38.

182 Escribe POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 178, refiriéndose a los párrafos 14 y ss. de la ley núm. 72, sobre la Corte Constitucional, que: "en el recurso constitucional no existen partes, sino únicamente recurrente, o sea, aquél que haya sido lesionado en su derecho constitucional, y por otro lado el Gobierno del Estado, el Ministerio estatal interesado". No puede afirmarse, sin embargo, que el recurrente carezca de la calidad de parte, toda vez que su demanda (*Beschwerde*) representa el ejercicio de su 'derecho de acción y es necesaria' para la instauración del proceso, el cual es precisamente por esto, verdadero proceso 'jurisdiccional' (*infra*, nota 365).

183 Párrafos 49 y 51, inciso 1 de la ley núm. 72 sobre la Corte Constitucional bávara.

las pruebas y como “invitados” a la eventual audiencia final, debiendo serles comunicada la sentencia¹⁸⁴.

Presupuesto de admisibilidad de la *Beschwerde* es, como en Suiza, el agotamiento del *Rechtsweg* (vía jurisdiccional)¹⁸⁵; así, por ejemplo, no sería admisible el recurso constitucional respecto de fallos judiciales contra los cuales estuviese establecido cualquier medio de impugnación ordinario o extraordinario, o contra providencias que ya no fuesen impugnables por no haberse intentado oportunamente el recurso relativo¹⁸⁶.

Es igualmente inadmisibles el recurso constitucional contra actos administrativos, todavía sujetos, o que habrían podido oportunamente someterse, a recursos jurisdiccionales¹⁸⁷.

184 Parágrafos 18 y 20, inciso 2 de la ley sobre la Corte Constitucional; cfr. también POHLE, “Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess”, *op. cit.*, p. 178.

185 WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, pp. 9 y ss. Debe recordarse que en Austria este presupuesto se refiere, por el contrario, sólo a recursos administrativos no jurisdiccionales (*supra*, números 8 y 11).

186 WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 10, que consigna jurisprudencia de la Corte Constitucional, conforme con este criterio.

187 WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 10, con citas de jurisprudencia. No es ya necesaria para la admisibilidad del recurso —a diferencia— de lo dispuesto por la ley de 1919 (*supra*, n. 13, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la petición de reparación (*Abhilfegesuch*) ante el Ministerio competente, no obstante que la misma esté prescrita por la ley (§ 48, inciso 2, de la ley núm. 72 sobre la

de autoridad del que se derive la infracción. La Corte Constitucional deberá disponer además, la forma en que habrá de resarcirse al recurrente”. Y el inciso 2 establece: “La ejecución de la sentencia corresponde al Gobierno del Estado o al Ministerio competente”²⁰⁰.

Finalmente, el párrafo 53 dispone que es inadmisibile un nuevo recurso constitucional sobre una cuestión (*Beschwerdefall*) que ya hubiese sido objeto de un recurso resuelto en el fondo, no obstante que el recurso posterior sea interpuesto por diverso recurrente, salvo la hipótesis de que dicho recurso “se apoye sobre nuevas circunstancias de hecho no valorizadas en la decisión anterior”²⁰¹.

Los párrafos 21 y 52 deben analizarse separadamente, según que el objeto del recurso haya sido un acto administrativo o bien una resolución jurisdic-

²⁰⁰Wird einer Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist im Entscheid festzustellen, welche Verfassungsbestimmung verletzt wurde und durch welche behördliche Tätigkeit die Verletzung erfolgt ist. Der Verfassungsgerichtshof hat auch zu bestimmen, in welcher Weise der Beschwerde abzuhelpfen ist.

Der Vollzug der Entscheidung obliegt der Staatsregierung oder dem zuständigen Staatsministerium.

La primera disposición contenida en el párrafo inicial del precepto, está tomada del párrafo 47, inciso 3, de la Ley de 11 de junio de 1920 (*infra*, núm. 14, pp. 98 y ss.); la segunda frase del mismo párrafo constituye, por el contrario, una innovación (POHLE, “Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess”, *op. cit.*, pp. 164 y ss.).

²⁰¹Sobre esta última disposición, ver lo que se ha dicho, *infra*, n. 30, respecto al ordenamiento federal alemán.

escritos, a los cuales seguirán, eventualmente, las réplicas del recurrente¹⁹².

También en este procedimiento, como en el suizo y en el austriaco, prevalece la escritura, no obstante lo cual se otorgan amplios poderes a la Corte en relación con la búsqueda de la verdad, pudiendo ordenar la comparecencia personal (*persönliches Erscheinen*) del recurrente¹⁹³, en cuyo caso, si se niega a obedecer, se le tendrá por desistido del recurso. La decisión final de la Corte es escrita¹⁹⁴, y debe ser notificada, además del recurrente¹⁹⁵, al *Landtag* y al Gobierno o a los Ministerios interesados¹⁹⁶.

De acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 23, inciso 1 de la Ley número 72, el procedimiento ante la Corte Constitucional (no sólo respecto de recursos constitucionales) debe ser gratuito. Únicamente tratándose de recursos constitucionales, cuando la Corte los deseche como inadmisibles o los rechace como infundados, está facultada para imponer una multa (*Gebühr*), al promovente¹⁹⁷; la Corte puede, además, y siempre de acuerdo con su criterio discrecional, exigir al mismo recurrente que constituya una garantía durante el curso del juicio.

192 Parágrafo 49 de la ley núm. 72.

193 Parágrafo 51, inciso 2 de la Ley núm. 72.

194 Parágrafo 50, inciso 1 de la Ley núm. 72.

195 Ver *supra*, núm. 14, 44, texto y nota 148.

196 Parágrafo 50, inciso 2 de la ley núm. 72.

197 El límite máximo es fijado en la suma de 3,000 marcos. Disposición análoga existía en el Derecho bávaro de 1919. Ver *supra*, núm. 13.

El término máximo para la proposición del recurso (lo que no sucedía, como debe recordarse, en la Constitución de 1919) ha sido fijado en dos meses a partir de la realización del acto lesivo¹⁸⁸. La demanda, que debe ser escrita¹⁸⁹, contendrá la indicación de las disposiciones constitucionales cuya violación se afirma, así como la del acto o mejor dicho, la del comportamiento de la autoridad (*Handlung oder Unterlassung*), a través del cual el recurrente pretenda haber sido lesionado en derecho constitucional suyo, derecho que es preciso señalar específicamente¹⁹⁰. El recurso es presentado ante el Presidente de la Corte Constitucional, quien deberá ordenar que se corra traslado con una copia, respectivamente, al Gobierno del Estado de Baviera, o bien a los Ministerios interesados, según que la *Beschwerde* haya sido interpuesta con apoyo en el artículo 48, inciso 3 de la Constitución, o bien, de acuerdo con el diverso artículo 120¹⁹¹. En consecuencia, la autoridad gubernativa o ministerial, que no puede ser considerada como parte en sentido técnico (*infra*, número 38), debe estar en posibilidad de defender, si lo cree conveniente, la legitimidad constitucional del acto (propio o de otra autoridad inferior) mediante

Corte Constitucional). Cfr. WINTRICH, *op. loc. ult. cit.*, con citas jurisprudenciales.

188 §48, inciso 4 de la Ley núm. 72 sobre la Corte Constitucional.

Ver también WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 11.

189 Parágrafo 47 de la citada Ley núm. 72.

190 Parágrafo 48, inciso 1 de la Ley núm. 72.

191 Estos preceptos están relacionados *supra* respectivamente, en las notas 163 y 162. Cfr. el inciso 49 de la Ley núm. 72.

19. Muy grave es la laguna legal (tanto de la Ley Suprema como de la número 72 sobre la Corte Constitucional) en relación con la eficacia de la sentencia favorable al recurrente. No puede decirse, por tanto, que la situación legislativa de 1919¹⁹⁸, haya mejorado a este respecto. En efecto, nada establece al respecto la Carta Fundamental, que en su artículo 69 se remite a una ley ordinaria en cuanto a las “ulteriores disposiciones” tanto sobre la “organización de la Corte Constitucional” como respecto al “procedimiento que ante ella deba desarrollarse, y a la ejecución (*Vollstreckung*) de sus sentencias”. Pero ni siquiera la Ley número 72 de 22 de julio de 1947 *über den Verfassungsgerichtshof* (sobre la Corte Constitucional), emitida precisamente con apoyo en el citado artículo 69 Constitucional, es suficientemente clara sobre este punto. Y como esta ley contiene varias disposiciones que se refieren a los efectos de la sentencia, las mismas deben considerarse con atención.

Ante todo, una norma de carácter general es la del párrafo 21: “Las decisiones de la Corte Constitucional son vinculativas para todos los jueces y las otras autoridades”¹⁹⁹. Por este motivo y con particular referencia a la *Verfassungsbeschwerde*, el párrafo 52, inciso 1, establece que: “Si el recurso constitucional es acogido, en la sentencia se debe declarar la disposición constitucional que haya sido violada y el acto

198 *Ver supra*, núm. 14.

199 *Die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs sind für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend.*

reparar o de restituir (en cuanto sea posible), y así sucesivamente²⁰⁶.

20. Por el contrario, graves dudas surgen por cuanto se refiere a la sentencia que acoge un recurso constitucional contra resoluciones jurisdiccionales. ¿Cuál será la eficacia de esa sentencia? Es verdad que el referido párrafo 21 de la Ley habla de obligación también respecto de los tribunales; no obstante, este precepto, cuya importancia es bien comprensible en el caso de que la Corte haya juzgado en el ejercicio de sus otras funciones, diversas de las relativas a la *Verfassungsbeschwerde*²⁰⁷, no parece que pueda atribuírsele el efecto de nulificar una resolución judicial, que normalmente tendría autoridades de cosa juzgada²⁰⁸. Esto implicaría, en efecto, una eficacia constitutiva (casación del fallo constitucionalmente

206POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 167.

207Por ejemplo, respecto de la nulidad de una ley.

208Por la razón (válida también para el nuevo Derecho bávaro) expuesta, *supra*, en la nota 155.

Sobre la circunstancia de que las resoluciones jurisdiccionales adquieren la categoría de cosa juzgada, independientemente de la *Verfassungsbeschwerde*, la cual no puede, por tanto, considerarse como un medio de impugnación ordinario. Cfr. POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, pp. 153 y ss. POHLE (*ibid.*, p. 158 y ss.) niega también que pueda hablarse de un *ausserordentliches Rechtsmittel*, asimilable a la *Wiederaufnahme* de los párrafos 578 y ss. ZPO; esto presupondría, cuando menos, que la decisión de acogimiento del recurso constitucional, tuviese la eficacia de nulificar (o de declarar como inexistente) la sentencia inconstitucional. Ver también *infra*, nota 344, con particular referencia al ordenamiento federal.

cional. En el primer caso, debe repetirse cuanto se ha dicho para el Derecho bávaro de 1919²⁰²: la sentencia de la Corte Constitucional, además de *declarar* cuál es la lesión ocasionada por el acto que es materia del recurso, de un derecho constitucional propio del recurrente, será también *constitutiva* de la obligación, atribuida a la autoridad gubernativa o ministerial²⁰³, de reparar la infracción misma. Sólo que, mientras según el sistema establecido en 1919, esta obligación, al parecer, se establecía muy genéricamente, dejando al criterio del Ministerio competente, la forma más adecuada para realizar la referida reparación, en la actualidad, por el contrario, a través de una disposición innovadora²⁰⁴, el parágrafo número 52 de la Ley sobre la Corte Constitucional de Munich, determina que la referida forma de reparación será señalada por la propia Corte, a través de una resolución obligatoria para toda autoridad administrativa²⁰⁵ y en particular (en cuanto a la vigilancia para que se cumpla con la obligación) para la gubernativa o ministerial. Por consecuencia, la repetida Corte podrá constituir la obligación de revocar el acto inconstitucional o de modificarlo; o bien (frente a un comportamiento omisivo), la constitución de la obligación de realizar un acto determinado; así como también el deber de

202 *Supra*, núm. 14.

203 Parágrafo 52, inciso 2 de la Ley núm. 72.

204 Ver *supra*, nota 200.

205 Parágrafo 21 de la Ley núm. 72.

ilegítimo), que debería ser atribuida por la Ley, en forma directa, ya sea al fallo de la Corte Constitucional o bien a la decisión de otro órgano, judicial o no, investido por la ley o por la sentencia de la propia Corte, de la potestad de anular (casar) el acto jurisdiccional impugnado. Pero ni la Ley preceptúa algo semejante ni concede a la Corte la facultad de casar, o de investir a otros órganos judiciales la potestad de anular (casar) (o tal vez de considerar inexistente), la resolución impugnada. El hecho, finalmente, de que la sentencia de la Corte Constitucional sea obligatoria para los tribunales, no significa que pueda conferirles el derecho y someterlos a la obligación de dictar (¿con motivo de qué procedimiento?) una nueva resolución contraria a la anterior con autoridad de cosa juzgada, o bien de considerar como inexistente o sin efecto alguno dicho fallo anterior, variando la situación procesal y sustancial creada por él. Que éste no puede ser el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional, se desprende del párrafo 52 de la Ley, que por una parte habla de una mera eficacia declarativa (*"so ist im Entscheid festzustellen"*), y a continuación se refiere a la "ejecución" de la sentencia, ejecución que compete a la autoridad gubernativa o ministerial, y estos conceptos son obviamente incompatibles tanto con una eficacia casatoria de la sentencia misma (porque la sentencia casatoria es sentencia constitutiva y no requiere ejecución)²⁰⁹, como con el principio constitucional de la independencia del Poder Judicial respecto del Ejecutivo. Y en cuanto al segundo párrafo del propio inciso 14, im-

209Cfr. POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 163.

portante e innovador, según se ha visto, en relación con el recurso constitucional contra actos administrativos, no parece, por el contrario, capaz de atribuir a la Corte Constitucional la potestad de casar (o de conceder a otros órganos el poder de anular) una resolución con autoridad de cosa juzgada. El reconocimiento de esa facultad implicaría no la función, sino la estructura²¹⁰, de un medio de impugnación (así sea extraordinario), y de una última instancia para las sentencias civiles, penales o administrativas, función que fue excluida expresamente en los trabajos preparatorios²¹¹, y por tanto, encuentra difícil apoyo en el Derecho Positivo. Debe reflexionarse ande todo, por lo que se refiere la *Verfassungsbeschwerde* contra sentencias civiles, en la circunstancia de que en el procedimiento ante la Corte Constitucional, las partes (en sentido atécnico: *supra*, número 18, e *infra*, número 27), son el recurrente y la autoridad gubernativa o ministerial²¹², y en consecuencia, si la Corte Constitucional quisiera anular (o declarar la nulidad de) una sentencia civil dictada en un proceso en que han intervenido dos partes, la decisión de la Corte misma, no obstante que no está vinculada a la precedente (que se refiere a partes diversas), no puede tener el alcance, por falta de

210 Por las razones expuestas *infra*, núm. 36, pp. 108 y ss., texto y notas 344, 345, con particular referencia al ordenamiento federal alemán.

211 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, pp. 164 y ss. Agrega además, que en los trabajos preparatorios se habló siempre de *Feststellung* y nunca de *Kassation*.

212 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, p. 178. Cfr. los párrafos 14 y ss., y 49 de la Ley núm. 72 sobre la Corte Constitucional.

disposición expresa (que sí se encuentra en el Derecho Federal alemán) de privar al fallo ordinario de los efectos de la cosa juzgada, en cuanto a las referidas partes del proceso civil²¹³. A las razones anteriores deben agregarse las de carácter histórico, entre ellas el hecho de que tanto la *Beschwerde* del periodo monárquico constitucional (1818-1918), como la de la postguerra (1919-1933), se estimaron comúnmente (aunque no por disposición legislativa expresa) inadmisibles contra resoluciones jurisdiccionales con autoridad de cosa juzgada, según se expresó anteriormente, y este criterio se encuentra reforzado con base en el derecho comparado, en virtud de la influencia ejercitada por el análogo recurso austriaco, que según habíamos visto se contrae únicamente a los actos administrativos; por todo lo anterior, parece cada vez menos sostenible, para el vigente Derecho bávaro, la procedencia de un recurso contra resoluciones judiciales con categoría de cosa juzgada, que no sea simplemente declarativo y por consecuencia, totalmente ineficaz²¹⁴. Pero aun los que sustentan esta tesis, no pueden menos de reconocer que deja dudas muy serias, por lo que desde cualquier punto de vista es deseable una intervención legislativa que aclare el problema²¹⁵. En cuanto a la jurisprudencia, tampoco parece que por ahora haya

213 Cfr. también las agudas observaciones de POHLE, *Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess*, op. cit., pp. 178 y ss.

214 POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", op. cit., pp. 175 y ss.

215 Ver NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 170 y ss.; WINTRICH, en *Der Bayerische Bürgermeister*, 1948, p. 140; *Id.*, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., pp. 11 a 13.

dado precisa y segura respuesta a este gravísimo problema, ya que se ha adherido a la tesis, según la cual, cuando la lesión del derecho subjetivo constitucional se derive de un acto administrativo, que posteriormente haya sido confirmado (*bestätigt*) por sentencia del juez administrativo, con autoridad de cosa juzgada, la *Verfassungsbeschwerde* debe dirigirse directamente contra el acto administrativo, por lo que si el recurso es declarado fundado y consecuentemente, se priva de valor a dicho acto o a sus consecuencias, la sentencia relativa queda sin materia (*gegenstandlos*), y por tanto, carece de utilidad²¹⁶. Sin embargo, esta corriente jurisprudencial parece

No es sostenible la tesis, según la cual, la decisión de acogimiento de una *Verfassungsbeschwerde* contra sentencia con categoría de cosa juzgada podría reconocérsele naturaleza de una sentencia de condena a un resarcimiento o a prestaciones equivalentes, o bien de una resolución constitutiva de una obligación de reparación. Se ha visto con anterioridad que tales determinaciones carecen de eficacia cuando se refieren a derechos fundamentales (*supra*, núm. 1, especialmente, pp. 11 y ss.; ver también *infra*, n. 35); ¿pero si a pesar de todo tuviesen eficacia, sobre quién debería pesar la condena o la obligación?, ciertamente no —sin una disposición en tal sentido— sobre el juez que haya emitido la sentencia inconstitucional; ni contra el ex adversario del recurrente (en un procedente proceso civil), el que ya no tiene el carácter de parte ni aún en sentido atécnico, en el nuevo proceso, ni tampoco a cargo de un Ministerio, ya que esto sería contrario al principio de la autonomía del poder jurisdiccional. (Sobre estos y otros problemas, cfr. el estudio de POHLE, “*Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess*”, *op. cit.*, pp. 172 y ss.).

²¹⁶ Ver para todo POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 44 y ss., 48-49; quien cita también tesis jurisprudenciales. Algo semejante ocurre en el Derecho Federal; ver *infra*, núm. 37.

apoyarse más que sobre el criterio de la improponibilidad o de la ineficacia de la *Verfassungsbeschwerde* contra resoluciones jurisdiccionales con carácter de cosa juzgada, sobre la diversa consideración de que el acto del cual se deriva inmediatamente la lesión, es el administrativo, y por tanto, contra él debe dirigirse el recurso.

Veremos más adelante que todos estos problemas no surgen en el Derecho Federal alemán en virtud de la mayor perfección de la Ley de 12 de marzo de 1951²¹⁷. Pero como esta Ley extiende el recurso constitucional, además de los actos administrativos y judiciales, también a los legislativos, y en esto, más que al modelo suizo, ha podido tener presente el ejemplo de otra interesantísima institución bávara, es conveniente, antes de intentar el estudio del Derecho Federal, examinar brevemente la referida institución.

21. La Constitución de Munich de 1946, dispone en el artículo 98, párrafo cuarto, que: "La Corte Constitucional debe declarar la nulidad de las leyes y actos con fuerza de ley, que limiten inconstitucionalmente los derechos fundamentales"²¹⁸. Además, en tanto que

217 *Retro.*, núm. 2, *infra*, núm. 33 y ss. Cfr. NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, pp. 66 y ss.

218 *Der Verfassungsgerichtshof hat Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht Verfassungswidrig einschränken*. La palabra *Verordnungen* señala las "medidas" (*Massnahmen*) que tienen naturaleza normativa (general: de *Rechtsverordnungen oder Satzungen* habla precisamente WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 14), emitidas por la autoridad gubernativa ex artículo 48 de la Constitución (sobre dicho artículo ver *supra*, n. 16), pero sin los presupuestos

en el artículo 65, se lee, que: “La Corte Constitucional juzga sobre la constitucionalidad de las leyes”,²¹⁹ en el 92 se establece: “Si un juez considera inconstitucional una ley, deberá promover la decisión de la Corte Constitucional”²²⁰.

Estos preceptos reglamentados por los párrafos 2, 45, 46 y 54 de la Ley número 72 sobre la Corte Constitucional de Munich, constituyen el fundamento de dos instituciones importantes, que son muy diversas entre sí.

Los mencionados artículos 65 y 92 se refieren a la denominada *Richterklage* (acción de los jueces). Se trata de una potestad, de ejercicio obligatorio²²¹, otorgada a todo juez local, para promover, también de oficio, el control del *Verfassungsgerichtshof*, sobre la legitimidad constitucional de una ley local, relevante para la decisión de la causa principal u originaria pendiente ante el mismo juez, siempre que dicho juez estime que la propia ley es contraria a la Ley Suprema de Baviera. Surge así un recurso constitucional, por una parte “autónomo” o “concentrado” (ya que está

y las formalidades necesarias. Cfr. NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung der Freistaates Bayern*, op. cit., p. 59.

219 *Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Verfassungsmässigkeit von Gesetzen.*

220 *Hält der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig, so hat er die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeizuführen.*

221 Cfr. KERN, E., *Gerichtsverfassungsrecht*, Munich, 1949, p. 84. Sobre la potestad considerada como poder-deber (normalmente), cfr. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, op. cit., p. 153.

encomendado a un órgano constitucional especial, *superiorem non recognoscens*, y no como por ejemplo en los Estados Unidos de América y en Italia con anterioridad a que iniciara sus funciones la Corte Constitucional, a todo órgano del Poder judicial), pero por otra debe estimarse como "incidental" porque se propone solamente en forma incidental, en el curso de un proceso en tramitación (como en América y actualmente en Italia) y no en vía principal²²². En cuanto a los efectos de la *Richterklage*, son ante todo, suspensivos del procedimiento originario²²³, por lo que, si es acogido, motiva una decisión con eficacia *erga omnes* (diversamente de lo que sucede en los Estados Unidos, con excepción del *stare decisis*, y anteriormente en Italia) y consistente, no en el anulamiento *ex nunc*, sino en la *declaración* de una nulidad que afecta *ex tunc*

222 Sobre estas distinciones, cfr. Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *op. cit.*, pp. 30 y ss.; *Id.*, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)" en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, p. 198; CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, *op. cit.*, p. 5, 35; *Id.*, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, Florencia, 1953, 74 y ss.

223 Parágrafo 45, inciso 1 de la Ley núm. 72, sobre la Corte Constitucional bávara. En los incisos siguientes están contenidas varias normas procesales, entre las que destaca la disposición que obliga al juez a expresar en una relación (*Bericht*) las razones por las cuales considera inconstitucional la ley (parágrafo 45, inciso 2); con posterioridad la Corte Constitucional debe dar oportunidad a las dos Cámaras del Parlamento y al Gobierno, así como a los interesados en el proceso "principal", de exponer, a su vez, sus propias opiniones (parágrafo 45, inciso 4).

a la ley inconstitucional²²⁴. Este fallo debe publicarse en el *Gesetz und Verordnungsblatt* (Diario de Leyes y Decretos)²²⁵.

La *Richterklage* encuentra correspondencia en la institución análoga creada en el plano federal por el artículo 100, párrafo 1 de la Constitución de Bonn, cuyas características (naturaleza autónoma e incidental del recurso y su eficacia general) son similares a las de la *Richterklage* de Baviera²²⁶. Sin embargo, a los dos recursos les falta el carácter de medios específicamente creados para la tutela de los derechos subjetivos constitucionales del hombre, ya que tienen como objeto la integridad del derecho objetivo constitucional en todas sus disposiciones,

²²⁴Cfr. NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., pp. 107 y ss., con citas de jurisprudencia conforme de la Corte Constitucional.

²²⁵Parágrafo 46 de la Ley núm. 72. Y sin embargo la ley bávara no habla de una *Gesetzkraft* de estas decisiones, ni de las que se dicten con motivo del ejercicio de la *Popularklage*; cfr. POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., p. 26 (sin embargo no es posible detenerse a examinar todas las consecuencias que de este precepto pueden inferirse).

²²⁶Cfr. además del artículo 100, inciso 1 op. cit., también los párrafos 13, números 11, 80 a 82, 77 y 78, párrafo 2, de la Ley de 12 de marzo de 1951, sobre el *Bundesverfassungsgericht*.

La *Richterklage* —a diferencia de la *Popularklage*, que es típica del ordenamiento constitucional bávaro— se encuentra en varios otros ordenamientos constitucionales regionales de la Alemania Occidental: cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsrecht*, cit., pp. 86 y ss. Ver *infra*, nota 369.

y no únicamente la protección de la esfera de las libertades fundamentales del individuo²²⁷.

Por el contrario, esta última función corresponde (además de la *Verfassungsbeschwerde* en todas sus manifestaciones) a la nueva institución bávara de la "acción popular" (*Popularklage*) sin que se encuentre nada semejante en el Derecho Federal. Por su específica función, la acción popular, tanto de la *Beschwerde* como de la *Richterklage*, bajo el punto de vista del interés y de la legitimación para obrar, que son atribuidos a todos los ciudadanos, independientemente de que el acto inconstitucional haya lesionado su derecho o situación jurídica subjetiva (salvo que se quiera considerar una genérica "pretensión" de la legitimidad constitucional de las leyes) e independientemente, además, de la pendencia de una lite "principal".

No obstante que la *Popularklage*, a decir verdad, debe considerarse dirigida sólo mediatamente a la defensa de los derechos o situaciones subjetivas (fundamentales), puesto que de manera inmediata se endereza contra violaciones, realizadas por actos legislativos, del derecho objetivo y precisamente de las disposiciones de la Constitución local que se refieren a los *Grundrechte* del ciudadano. Pero no por esto la acción popular se asemeja a la *Richterklage*; esta última es por una parte más extensa, porque se dirige a la tutela de todos los preceptos constitucionales, pero al mismo tiempo es más limitada (y por así decirlo, más abstracta, menos viva), porque presupone la pendencia de otro proceso,

227 Cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, cit, pp. 18 y ss.

y su ejercicio está condicionado tanto al juicio como a la voluntad del juez²²⁸.

El artículo 98, párrafo cuarto, de la Constitución de Munich, que establece la acción popular, parte del principio de que las disposiciones que consagran los *Grundrechte* no pueden ser limitadas o derogadas por leyes formales (ordinarias) o por otras resoluciones sustancialmente normativas. Las condiciones bajo las cuales (con carácter excepcional y con rigurosas precauciones) puede derogarse este principio, ya han sido expuestas con anterioridad²²⁹, y son las previstas por el artículo 48 de la Ley Suprema. Fuera de estas excepciones, las leyes u otras resoluciones sustancialmente normativas, que afecten los derechos fundamentales, son inconstitucionales y como tales, absolutamente nulas (*nichtig*), y por tal virtud, todo ciudadano está autorizado a ejercitar frente a ellas el derecho constitucional de resistencia (*Widerstandsrecht*)²³⁰, y finalmente, la Corte Constitucional tiene la potestad y el deber de declarar su nulidad²³¹. ¿Pero

228 La experiencia de estos primeros años ha demostrado que mientras muy raramente los jueces bávaros han tenido ocasión de hacer valer la facultad que les concede el artículo 92 de la Constitución, la acción popular se ha ejercitado con mayor frecuencia. Así por ejemplo, en el primer año (1947) fueron propuestas doce *Popularklagen*, otras doce en 1948, y veintisiete en 1949; y no pocas resultaron fundadas. Cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., pp. 17 y ss.

229 *Supra*, núm. 16.

230 WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, op. cit., p. 18.

231 Artículo 98, párrafo 4 de la Constitución, mencionado al inicio de este número.

cómo puede ponerse en movimiento la Corte Constitucional con el objeto de emitir esta declaración? La Ley Suprema no había dado respuesta al problema, que fue resuelto por la Ley número 72 sobre la Corte Constitucional, que estableció en el párrafo 54, por un lado la *Popularklage*, o sea un derecho de acción, atribuido a *quisquis de populo*, y a este respecto, el inciso primero del citado párrafo dispone que: “La inconstitucionalidad de una ley por restricción ilegal de un derecho fundamental (artículo 98, cuarto párrafo de la Constitución) puede ser hecha valer por cualquiera, mediante recurso ante la Corte Constitucional (...)”²³²; y por otra parte, se estatuye la potestad atribuida a la Corte Constitucional (y que debe ejercitar en forma obligatoria) para declarar *de oficio* la nulidad de leyes o actos con fuerza de ley, que resulten inconstitucionales en el curso y en ocasión de cualquier procedimiento que ante ella se tramite²³³.

232 *Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes wegen unzulässiger Einschränkung eines Grundrechts (art. 98 Sats 4 der Verfassung) kann von jedermann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden. Jedermann: por tanto, también los no ciudadanos bávaros; así como —según la jurisprudencia de la Corte Constitucional— las personas jurídicas; cfr. WINTRICH, Schutz der Grundrechte, op. cit., p. 14.*

233 *Parágrafo 54, inciso 2; Kommt der Verfassungsgerichtshof in einem vor ihm anhängigen anderen Verfahren zu der Auffassung, dass ein Gesetz oder eine Verordnung verfassungswidrig sei, so hat er über diese Frage (...) vorab zu entscheiden.* (Cuando el Tribunal Constitucional llegue a la convicción, en otro procedimiento pendiente ante él, que una ley o un decreto son inconstitucionales, habrá de pronunciarse

La eficacia de la decisión de la Corte en estas hipótesis es también declarativa (de la nulidad *ex tunc*), no constitutiva, y tiene valor *erga omnes*²³⁴.

La acción popular complementa en el Estado Libre de Baviera, el sistema de garantías del ciudadano frente a los poderes públicos, sistema que hemos delineado en las páginas precedentes. En efecto, por un lado se reglamenta la *Verfassungsbeschwerde* como derecho constitucional fundamental, establecido para la defensa de todo (otro) derecho constitucional (aunque no tenga carácter fundamental) del hombre²³⁵, contra actos de au-

ante todo sobre dicha cuestión). En tal caso el recurso será ejercitado *obiter tantum*, y no en vía principal como por el contrario se hace valer la acción popular. Debe hacerse notar, además, que este segundo inciso del párrafo 54, se refiere a la "inconstitucionalidad" en general, y no sólo a la inconstitucionalidad que se deriva de la restricción ilegítima de un "derecho fundamental".

Sobre el párrafo 54, inciso 2, cfr. incluyendo sus relaciones con el Derecho Federal y la evolución jurisprudencial, LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 264.

234 Párrafo 54, incisos 3 y 4 de la Ley núm. 72, el cual reglamenta, además, la facultad otorgada al *Landtag*, al *Senat*, y a la *Staatsregierung* de exponer sus alegatos en favor del acto impugnado.

Cfr. en general sobre la *Popularklage*, y en especial sobre la eficacia del fallo de la Corte, NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, pp. 59, 141, 182 y ss.; NAWIASKY y LECHNER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 16.

235 Sobre el *Beschwerderecht* como derecho fundamental, cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 5; NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, *op. cit.*, p.

toridad no legislativa²³⁶; por otra parte, la acción popular es configurada como derecho subjetivo (no constitucional)²³⁷, atribuido a todo ciudadano para la defensa de los *Grundrechte*, pero esta vez también respecto de los actos del legislador²³⁸.

65. El artículo 120 de la Constitución bávara, en el cual está previsto el derecho al recurso constitucional, forma parte, precisamente, del *zweiter Hauptteil* (arts. 98 a 123) dedicado a los *Grundrechte*.

236 Con la reserva que debe hacerse, sin embargo, respecto a los actos jurisdiccionales; *supra*, núm. 20.

237 La Constitución, en efecto, se limita a establecer el deber de la Corte Constitucional de declarar la nulidad del acto restrictivo de los *Grundrechte* (artículo 98, párrafo 4); pero la institución de la *Popularklage* considerada como derecho subjetivo del individuo, ha sido creada únicamente por la ley ordinaria (parágrafo 54 de la Ley núm. 72 sobre la Corte Constitucional), no obstante que tenga su apoyo en la norma constitucional.

238 Para completar la exposición, debe añadirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional bávara parece rechazar la distinción "formalística" —o sea la que se basa en la colocación de las normas constitucionales dentro o fuera del *zweiter Hauptteil* intitulado *Grundrechte und Grundpflichten*— entre *Grundrechte* y otros derechos subjetivos constitucionales (*verfassungsmässige Rechte*), ya que en efecto ha afirmado en varias decisiones (cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 14 y ss.) que en los términos del artículo 98, párrafo de la Constitución, deben considerarse *Grundrechte* no sólo los contenidos en el *zweiter Hauptteil* de la Ley suprema, sino también otros diversos derechos y situaciones subjetivas (los que, por ejemplo, surgen del artículo 159 de la Const. que establece límites a la expropiación por causa de utilidad pública).

CAPÍTULO IV

LA VERFASSUNGSBESCHWERDE EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

SUMARIO. 22.— *La Ley de 12 de marzo de 1951 (en nota, indicaciones sobre la composición del Bundesverfassungsgericht); naturaleza no constitucional del derecho de acción.* 23.— *Los derechos constitucionales tutelados: no todos los Verfassungsmässige Rechte; la "concretización creadora" de las disposiciones sobre derechos del hombre, por la jurisdicción constitucional de la libertad.* 24.— *Los actos respecto de los cuales se efectúa la tutela: actos legislativos, de gobierno, administrativos y jurisdiccionales, de autoridades federales y estatales; el recurso contra comportamientos omisivos.* 25.— *Legitimación e interés para obrar (en nota: la teoría del interés para obrar, entendido como causa, en el ámbito de la teoría del abuso del derecho).* 26.— *Carácter subsidiario del recurso constitucional y excepciones a esta regla.* 27.— *El proceso con una sola parte; los llamados "terceros interesados".* 28.— *La relación de autonomía procesal y material entre la Verfassungsbeschwerde federal y las instituciones locales de carácter similar.* 29.— *Término para recurrir y requisitos de la interposición.* 30.— *Proceso de tipo inquisitorio (el principio de la Officialmaxime).* 31.— *Examen sumario preliminar (sobre el proceso y sobre el fondo) y providencias cautelares.* 32.— *El pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal.* 33.— *Efectos del pronunciamiento; análisis de las disposiciones que los regulan: a) disposiciones generales.* 34.— *(Continúa) b) disposiciones relati-*

vas al recurso contra actos legislativos (eficacia declarativa, retroactiva y general de la resolución de acogimiento; iguales efectos cuando el recurso de legitimidad constitucional de la ley es conocido en vía incidental por el Tribunal Constitucional. 35.— (Continúa) efectos reflejos de la resolución de inconstitucionalidad de la ley sobre sentencias penales de condena (es admisible la Wiederaufnahme des Verfahrens) y sobre otras resoluciones jurisdiccionales, ya sea con carácter de cosa juzgada, o administrativas (es inadmisibile su ejecución); excluyéndose toda forma de resarcimiento o reparación. 36.— (Continúa) c) preceptos relativos al recurso contra actos jurisdiccionales y administrativos (eficacia casatoria de la decisión de acogimiento). 37.— Casación con y sin reenvío. 38.— La relación entre la función del recurso, su estructura y los efectos de la resolución; se afirma la naturaleza de jurisdicción voluntaria del proceso constitucional de la libertad. 39.— Ne bis in idem.

22. La Constitución de Bonn, como se ha visto, no ha establecido una competencia específica del Tribunal Constitucional Federal respecto al recurso constitucional para la tutela de los derechos de libertad, puesto que fue desechada la propuesta de introducir esa institución en la Ley Fundamental²³⁹. Sin embargo dicha Constitución ha otorgado expresamente, libertad de acción al legislador ordinario para la expedición de la reglamentación relativa, en los términos de los artículos 93 e inciso cuarto del 19²⁴⁰ El recurso constitucional fue establecido por los

239 *Supra*, núm. 2, texto y nota 31. Cfr. también VON MANGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., pp. 510 y ss.

240 Sobre el artículo 93, inciso 2 de la Constitución de Bonn, cfr. *supra*, núm. 2, el importante inciso cuarto del artículo 19, expresa lo siguiente: *Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinem Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.* (A cualquiera que sea lesionado

parágrafos 90 a 96 (*fünfzehnter Abschnitt* de la tercera parte) de la Ley (ordinaria) federal de 12 de marzo de 1951, sobre el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), reformada por Decreto de 21 de julio de 1956²⁴¹. Dicha ley entró en vigor el 17 de abril de 1951 y el Tribunal Constitucional inició sus labores en materia de *Verfassungsbeschwerde* (recurso

en sus derechos por una autoridad pública, corresponde la tutela jurisdiccional: que será de la competencia de la autoridad judicial ordinaria, a no ser que se establezca una competencia diversa).

- 241 De estos parágrafos, el 91 trata no obstante de una institución que, por su función y eficacia y por los sujetos legitimados para obrar, es esencialmente diversa de la *Verfassungsbeschwerde*; por lo que de la misma no nos deberemos ocupar en este estudio. Se trata de la *Beschwerde* de los Municipios contra leyes federales o locales lesivas del artículo 28 de la Constitución, precepto que reglamenta la autonomía municipal. Institución análoga se ha mencionado en el ordenamiento suizo (*supra*, núm. 5, o la nota 73). Justas críticas contra la confusión, hecha por el legislador, entre la *Verfassungsbeschwerde* y la *Beschwerde* del parágrafo 91, pueden leerse, por ejemplo, en MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 134; ver también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 269 y ss., que igualmente sostiene la naturaleza diversa de las dos instituciones; y ROMER, W., "Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht", en *Juristenzeitung*, 1951, p. 198. Parte de la doctrina llega a cuestionar inclusive hasta la legitimidad constitucional del citado parágrafo 91; cfr. KOLLMANN, *Nochmals zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung*, en *Deutsche öffentliche Verwaltung*, 1951, pp. 154 y ss., y SCHÄFER, H., "Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände", *ibíd.*, 1951, p. 572.

constitucional) el 7 de septiembre del mismo año²⁴².
²⁴³.

²⁴² POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., p. 46.

²⁴³ La integración y composición del *Bundesverfassungsgericht* están reglamentadas en el artículo 94 de la Constitución de Bonn y en la primera parte (parágrafos del 1 al 16) de la ley de 12 de marzo de 1951, reformada por diversa ley de 21 de julio de 1956. El Tribunal Constitucional cuya sede (en Karlsruhe) ha sido establecida por ley de 4 de mayo de 1951, y cuya independencia frente a todo otro órgano constitucional es reafirmada por el primer inciso del parágrafo 1 de las leyes citadas de 12 de marzo de 1951, y 21 de julio de 1956, está formado por dos "Senados" o Salas compuestos cada uno de ocho (inicialmente de doce) jueces (parágrafo 2 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*). Entre las dos Salas se reparten las diversas funciones, y la que se refiere al conocimiento del recurso constitucional es asignada a la Primera Sala (parágrafo 14 de la ley citada). Originalmente se componía de 24 jueces, pero su número fue reducido a 16, por la reforma de 1956, los que son designados por mitad por el *Bundestag* (mediante elecciones indirectas que se realizan a través de una comisión de doce diputados, representantes de las diversas facciones políticas de la Cámara: parágrafo 6 de la ley); y la otra mitad por el *Bundesrat* mediante deliberación tomada por mayoría de dos tercios (parágrafo 7 de la ley); dichos jueces no pueden pertenecer ni a las Cámaras, ni al Gobierno de la Federación o de los Estados particulares (artículo 94 Const.); debe, en todo caso, tratarse de personas de edad superior a los cuarenta años y expertas en materia de Derecho Público (de manera que el órgano está compuesto exclusivamente de juristas, aun cuando la mayor parte sean o puedan ser "legos", o sea, que no pertenezcan a la magistratura; parágrafo 3 de la ley). se ha establecido que tres entre los ocho jueces de cada Sala deberán ser escogidos entre los miembros de los "Tribunales Federales Superiores" (*obere Bundesgerichte*, sobre los cuales cfr. el artículo 96 de la Const.) (parágrafo 4, inciso 1 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*). El ejercicio de la función

El derecho de recurrir no constituye, por tanto, a diferencia de lo que sucede en Suiza, Austria y Baviera, un derecho constitucional (fundamental)

del juez en el Tribunal Constitucional Federal es incompatible con cualquiera actividad profesional, salvo la enseñanza del Derecho en una escuela superior (parágrafo 3, inciso 4, ley cit.); la duración del cargo es diversa (parágrafo 4, incisos 1 y 2, de la ley), pero para la mayor parte de los jueces, es de ocho años; sin embargo, la regla es combinada de tal modo que pueda dar lugar, cada cuatro años —y por tanto coincidente con la renovación del *Bundestag* (artículo 38, parágrafo 1 de la Const.)— a una elección parcial de jueces.

Las decisiones de cada Sala pueden tomarse normalmente con presencia al menos de seis jueces (así en el caso de recurso constitucional ex parágrafo 90 y ss. de la ley) y por simple mayoría (parágrafo 15, inciso 29 de la ley). Sin embargo —evidentemente con el fin de salvaguardar la uniformidad de la jurisprudencia— la decisión debe ser reservada al *Plenum*: cuando una Sala establezca una tesis contraria, respecto a un problema de derecho (*Rechtsfrage*), a la fijada por la otra Sala (parágrafo 16, inciso 1 de la ley) (cfr. BLOMEYER, "Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht", *op. cit.*, pp. 1 y ss., del sobretiro, con importantes consideraciones sobre la eficacia, obligatoria para las dos Salas, de los juicios del *Plenum*). El *Plenum* decidirá con la presencia por lo menos de seis miembros de cada Sala (parágrafo 16, inciso 2). En el caso de que no se forme una mayoría —lo que es posible tanto en el *Plenum* como en las Salas, por no estar prescrito un número dispar de sus componentes— será decisivo el voto del Presidente (parágrafo 19, inciso 1, párrafo 2); pero en este último caso, la decisión no tiene eficacia como declaración de violación de normas constitucionales o federales (parágrafos 15, inciso 2, y 1, inciso 4).

Sobre la naturaleza del *Bundesverfassungsgericht* como órgano constitucional supremo (*superiorem non recognoscens*), ver para todo POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 46.

del hombre, faltándole, lo mismo que al *Klagerecht* popular de Baviera²⁴⁴, las particulares garantías de estabilidad y relativa definitividad de que gozan las instituciones constitucionales. Pero si esto pudiera parecer extraño a quien piense que la función de la *Verfassungsbeschwerde* es precisamente la de tutelar los derechos constitucionales del hombre (el fenómeno de un derecho sustancial constitucional acoplado a un derecho de acción no constitucional, puede acaso tener interés en el estudio de las teorías “monistas” que reducen todos los derechos al de acción o por el contrario, sostienen la no diferenciación de la acción del derecho subjetivo sustancial)²⁴⁵, es por el contrario muy comprensible desde el punto de vista de la política legislativa, en virtud de la importancia de la innovación y la consiguiente necesidad de no volver inmutable, o difícilmente modificable lo que por el contrario, precisamente por su carácter de experiencia innovativa, fácilmente puede requerir reformas y adaptaciones²⁴⁶.

244 Ver *supra*, núm. 21.

245 Deben recordarse, a este respecto, a dos estudiosos italianos: PEKELIS y SATTÀ; y remito para la exposición y refutación de sus teorías a FURNO, *Appendice del Disegno sistematico delle opposizione nel processo esecutivo*, Florencia, 1942, pp. 303 y ss., 324 y ss.

246 A este propósito no es posible dejar de observar que al lado de la más entusiasta aprobación respecto a la función de la institución, se han elevado voces que ponen en guardia contra los abusos que la misma es susceptible de provocar, y de los cuales puede derivar una grave situación de incertidumbre y de inestabilidad de los actos de autoridad, principalmente de los jurisdiccionales; perjuicio que puede agravarse si a causa de

23. La función del recurso consiste pues en ofrecer al individuo una tutela jurisdiccional de sus "derechos fundamentales", frente a los poderes públicos; aunque

la nueva función, el Tribunal Federal Constitucional sufre un recargo considerable en sus labores que haga demasiado lentos los procesos. La gravedad y el fundamento de esta corriente de opinión parece confirmarse en el hecho mencionado por ULE, C.H., "Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, pp. 12 y ss., y por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 257, de que de los 635 recursos constitucionales resueltos hasta el 30 de noviembre de 1952 —y por tanto en los primeros catorce meses de vida de la institución, sólo uno se estimó fundado. (Similares voces de alarma en relación con el recurso constitucional bávaro, tanto el vigente como el de 1919, son citados por POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, especialmente, p. 191; en relación al recurso federal, ver también POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 45 a 48, quien revela el número siempre creciente de recursos constitucionales pendientes; en el mismo sentido ZWEIGERT, "Die Verfassungsbeschwerde", *op. cit.*, p. 321). Precisamente para evitar que el Tribunal Constitucional Federal se vea abrumado por el conocimiento de recursos sobre asuntos de escasa importancia o notoriamente improcedentes, en la reforma de 1956 a la Ley Orgánica del citado Tribunal, se adicionó el artículo 91 del citado ordenamiento con el inciso a), de acuerdo con el cual, cada una de las Salas puede elegir anualmente una o más comisiones de tres jueces, encargados de hacer un estudio preliminar, o sea *in limine*, de los recursos constitucionales, con la facultad de rechazar de plano aquellos que no planteen un verdadero problema constitucional y que al mismo tiempo su desechamiento no cause un perjuicio grave e irremediable al recurrente. Si la Comisión relativa no acuerda por unanimidad el desechamiento, la Sala competente puede rechazar el propio recurso si estima subsistentes los referidos motivos de improcedencia.

no —a diferencia de cuanto se ha dicho respecto de Suiza, Austria y el Estado Libre de Baviera— de todos los derechos o situaciones activas constitucionales (*verfassungsmässige Rechte*) o que estén consagrados en cualquier otro precepto de la Ley Suprema, o en cualquier otra norma constitucional, sino exclusivamente de los clásicos *Grundrechte* (derechos fundamentales), esto es, de todas aquellas situaciones subjetivas que son establecidas en beneficio del individuo por la Constitución de la República Federal en una sección especial, o sea, en los artículos 1 al 19²⁴⁷, así como respecto de algunos

247 Cfr. las sentencias del 10 de febrero y del 17 de junio de 1953 del Tribunal Constitucional Federal, citadas por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 263. Entre los *Grundrechte* deben mencionarse el de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2); de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley (artículo 3); de libertad de fe y de confesión (artículo 4); de libre expresión de las opiniones (artículo 5); derecho de reunión y asociación (arts. 8 y 9); de libre elección de la profesión (artículo 12); de inviolabilidad del domicilio (artículo 13) y de la propiedad privada (artículo 14); el derecho de petición (artículo 17), y así sucesivamente. Se trata, como se ve, de derechos de libertad entendidos en sentido estrictamente individual, en tanto que escasa o ninguna consagración han encontrado entre los *Grundrechte* —a diferencia que en todas las constituciones de la Alemania Oriental (cfr. por ejemplo, WEGENER, W., *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen, 1947)— los llamados derechos “sociales” de libertad, especialmente los relativos al trabajo, repartición de la riqueza, previsión social, etc.

Por otra parte, en las legislaciones de Alemania Oriental, en las que son omitidos los derechos clásicos (individuales), lógicamente no se encuentra huella de la *Verfassungsbewerke*. Así, por ejemplo, en la Constitución del *Land* de Turingia del 20 de diciembre de 1946 (artículo 43) el control

otros derechos y situaciones jurídicas constitucionales “equiparados” a los *Grundrechte* y que está expresamente previstos y enumerados mediante remisión a los preceptos constitucionales que los regulan, en el parágrafo 90, inciso 1 de la Ley ordinaria citada²⁴⁸. Estos últimos

de la constitucionalidad de las leyes, prohibido expresamente a los jueces, fue encomendado a un órgano político, el *Verfassungsprüfungsausschuss* presidido por el Presidente del *Landtag*, y se compone de un miembro del *Oberlandesgericht*, de un miembro del *Oberverwaltungsgericht* y de un profesor de materias jurídicas en la Universidad de Jena, los tres electos por el Parlamento, estando auxiliados, además, por los tres Vicepresidentes del propio Parlamento; dicho órgano no decide a instancia de ciudadanos particulares, sino de un tercio, cuando menos, de los miembros del *Landtag* o a petición de la autoridad gubernativa. Algo muy semejante establecen los artículos 60 de la Constitución de la Provincia de Sajonia-Anhalt de 10 de enero de 1947; 60 de la Constitución del *Land* de Sajonia del 28 de febrero de 1947, así como por el 66 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 7 de octubre de 1949 (pero en estas últimas constituciones el *Verfassungsausschuss* tiene solo la función preventiva y de consulta, en tanto que la decisión es encomendada exclusivamente a la Cámara): cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsrecht*, *op. cit.*, pp. 87 y ss. En las cuatro leyes fundamentales alemanas mencionadas, así como también en la de Brandenburgo de 6 de febrero de 1947 (artículo 43, y no obstante que el artículo 37, inciso 1, prohíbe a los jueces el recurso de constitucionalidad de las leyes), se establece una jurisdicción administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) para la protección del ciudadano contra *Anordnungen und Verfügungen* de las autoridades administrativas (arts. 49 de la Const. de Turingia; 67 de la Const. de Sajonia-Anhalt; 67 de la Const. de Sajonia y 138 de la Const. de la República Popular).

²⁴⁸ Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 263; ERMACORA,

derechos y situaciones jurídicas, muy semejantes por su naturaleza a los clásicos derechos de libertad²⁴⁹, son los contenidos en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Suprema; a saber: el artículo 33 reglamenta la situación de igualdad en los derechos y en los deberes cívicos de todos los ciudadanos alemanes, en todos los *Länder*, prescindiendo de su adhesión o no adhesión a confesión religiosa o concepción filosófica; el artículo 38, se refiere a la situación jurídica de los diputados, como representantes de todo el pueblo, a su designación mediante elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas, y no vinculados en el ejercicio de sus funciones sino a su propia conciencia, y además al derecho electoral activo de los ciudadanos que hayan cumplido 21 años y pasivo de los que tengan más de 25; el artículo 101, establece el

“Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes”, *op. cit.*, p. 212, sub I, a.

El párrafo 90, inciso 1 de la ley de 12 de marzo de 1951, sobre el *Bundesverfassungsgericht*, establece textualmente: *Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einer in Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.* (Cualquiera puede proponer el recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, afirmando haber sido lesionado, en virtud de un acto del poder público, en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los contenidos en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Constitución).

249 ERMACORA, *op. loc. cit.* Debe también decirse que algunos de tales derechos, como los establecidos por los artículos 103 y 104, son considerados comúnmente por las diversas constituciones, como típicos derechos fundamentales de libertad.

derecho al juez natural y la prohibición de tribunales de excepción; el artículo 103, el derecho de hacer valer en juicio las propias razones, de no ser sancionado por acciones que no hubiesen sido previamente prohibidas por la ley y de no ser castigado más de una vez por el mismo acto; el artículo 104 consagra la inviolabilidad de la libertad personal, que sólo puede ser restringida con fundamento en las leyes y con la observancia de las formas en ellas prescritas, la prohibición de la tortura moral y corporal de las personas en estado de arresto y otras varias garantías y limitaciones en materia de libertad personal, que recuerdan por su similitud, al artículo 39 de la *Magna Charta* y el *writ of habeas corpus* del Derecho Constitucional británico²⁵⁰.

Como ya se ha visto (*supra* número 1), una de las funciones más importantes de la jurisdicción constitucional de la libertad consiste precisamente en la “concretización creadora” de las disposiciones que —por su mayor generalidad— reglamentan los derechos del hombre, y se ha mencionado también²⁵¹ como el Tribunal de Karlsruhe ha sentido desde un

250 Los incisos segundo y tercero del artículo 104 establecen que solo la autoridad judicial es competente para decidir sobre la admisibilidad y sobre la duración de la privación de la libertad personal; y que no puede la autoridad policiaca, por su propio derecho, detener a una persona más allá del día siguiente de su arresto, sino que la consignará al juez, quien deberá dictar inmediatamente una orden de detención o bien disponer que sea puesto en libertad. Sobre el *writ of habeas corpus*, ver por ejemplo, WADE, E.C.S. y PHILLIPS, G.G., *Constitutional Law*, 4, Londres, 1950, pp. 342 y ss.

251 *Supra*, nota 30.

principio la necesidad de realizar dicha tarea, por lo que de su jurisprudencia, actualmente en formación, pueden extraerse algunos resultados interesantes, consistentes tanto en importantes afirmaciones de principio, de las cuales se desprende que la existencia de una jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido (conjuntamente con el principio establecido por el artículo 1, inciso 3, de la Constitución de Bonn²⁵² a eliminar el peligro de que en el ámbito de las disposiciones sobre los derechos de libertad, se establezca — como se ha impuesto en Italia— una radical distinción entre normas preceptivas y normas meramente programáticas; así como también en aseveraciones más concretas y particularizadas. Así se ha dicho, por ejemplo, que un *Grundrecht* (o derecho o situación “equiparada”) puede estimarse lesionado toda vez que el acto de autoridad que se impugna, se haya impuesto al recurrente, sin apoyo en un precepto constitucional, una restricción a su libertad, garantizada por un precepto fundamental —ya sea restringiendo el campo de los “poderes”, “autorizaciones” o “facultades”, o bien ampliando la esfera de las “limitaciones”, mediante la aplicación de “sujeciones”, “obligaciones”, “deberes”, o en otras palabras, dificultando en cualquier forma el pleno ejercicio de la libertad garantizada constitucionalmente, con todos los *Rechte*, *Rechtsstellungen*, *Rechtliche Zustände* y *subjektive Ansprüche*, que de ella derivan. Se ha resuelto también que si bien es

252 *Supra*, nota 8.

verdad que el comportamiento de una autoridad debe considerarse lesivo del derecho de igualdad, cada vez que sin razones plausibles, signifique para el promovente, un tratamiento diverso y más riguroso que el usado hacia otros sujetos que se hayan encontrado en idéntica situación, ese derecho no puede, sin embargo, considerarse violado por el sólo hecho de que un órgano judicial, en la interpretación de una norma, haya manifestado una opinión diversa de la de otros jueces, y así sucesivamente²⁵³.

24. De lo expuesto anteriormente se desprende que por lo que respecta a los derechos subjetivos tutelados, la *Verfassungsbeschwerde* de carácter federal, tiene

253 Cfr. el fallo de 23 de noviembre de 1951 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 82; otras citas de jurisprudencia sobre los problemas tratados en el texto, en LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 263 y ss. En resolución de 18 de septiembre de 1952 (*Amtliche Sammlung*, *op. cit.*, I, p. 418), la misma Primera Sala ha estimado, por ejemplo, que ningún "derecho fundamental" puede considerarse lesionado por el hecho de que dejen de observarse en un proceso penal, los parágrafos 250 y 251 del Código Procesal Penal (sobre la inmediatividad, en el desahogo de las pruebas), y en diversa decisión de 17 de junio de 1953, ha considerado que la infracción de preceptos (procesales y sustanciales) ordinarios, sea en la tramitación del proceso, en la declaración y valoración de los hechos, en la interpretación de las normas y en su aplicación al caso concreto, no puede ser estudiado, normalmente en virtud del recurso constitucional, a no ser que dicha infracción ocasione también la violación de los derechos fundamentales del hombre o de otras disposiciones constitucionales similares, ver también *supra*, nota 30.

una extensión más limitada que el recurso establecido en Baviera, y lo mismo ocurre en relación con la *staatsrechtliche Beschwerde* (recurso de Derecho Público) de Suiza y la *Beschwerde* austriaca que se extienden no sólo a las situaciones subjetivas definidas como “fundamentales” (y las “equiparadas”), sino también a todas las situaciones subjetivas que la Constitución garantiza al sujeto particular frente al Estado²⁵⁴, pero otra cosa debe decirse por lo que concierne al objeto de la institución alemana, ya que consiste, en efecto, en *todo acto de imperio*²⁵⁵ de cualquiera autoridad pública, y por tanto comprende actos legislativos y ju-

254 Una situación muy particular, y sumamente interesante se observa, por el contrario, en el Derecho Constitucional mexicano, en el cual, el artículo 103, fracción I, de la Constitución de 1917, establece que el derecho de solicitar el *amparo* —palabra que tiene significado de *protección*, el *Schutz* de los alemanes— corresponde a los ciudadanos lesionados por un acto de autoridad, en sus derechos fundamentales (garantías individuales, establecidas en los artículos 1 a 29 —Capítulo I— de la Constitución). Parecía, por tanto, que la tutela se debería limitar a los *Grundrechte*; pero como entre estos derechos está establecido también el de la “legalidad”, o sea, la conformidad de los actos jurisdiccionales y administrativos a las leyes, aun aquellos no constitucionales, debe concluirse que la institución mexicana, surgida originariamente como medio de protección jurisdiccional de todos los derechos supremos del sujeto privado, se extiende actualmente, en definitiva, a la tutela de todos los derechos subjetivos, aun ordinarios; es por esto que el *juicio de amparo* ha suplantado el viejo *recurso de casación*. Cfr. *supra*, nota 71.

255 Pero nunca *Akte des Privatrechts*; cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, *op. cit.*, p. 258.

risdccionales²⁵⁶ y no sólo administrativos a diferencia de las constituciones de Austria y Baviera²⁵⁷, así como actos de autoridades tanto federales como locales, a diferencia de la Constitución suiza²⁵⁸. El recurso se considera asimismo admisible por la doctrina y por la jurisprudencia, contra el comportamiento omisivo de

256 Muy interesante es el intento de POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 41 y ss., para demostrar que la *Verfassungsbeschwerde* (por lesión de *Grundrechte* de carácter sustancial, no procesal) es admisible solo contra sentencias constitutivas, pero no contra las de declaración o de condena. La demostración parte de la afirmación de que estas últimas no producen cambios en el mundo de las relaciones jurídicas, y por tanto, no pueden considerarse nunca lesivas de un derecho, ya que su eficacia (llamada *materielle Rechtskraft*) se traduce únicamente en la imposibilidad de controvertir en lo que ha sido definitivamente declarado. Pero la tesis no es convincente, puesto que se apoya en una concepción "procesal" de la cosa juzgada, que todavía prevalece en la doctrina alemana (ver citas en POHLE, *op. ult. cit.*, pp. 42 y ss.; adde HEINITZ, F., *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padua, 1937, pp. 60 y ss.) y que no me parece aceptable; cfr. por ejemplo, las críticas de ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto al terzi*, Milán, 1935, pp. 3 y ss.

257 Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 256, 258; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, *op. cit.*, p. 212, sub. I, b; GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Kommentar*, Berlín, 1952, p. 277. En la p. 280 de esta obra observa GEIGER que también los actos de gobierno, cuando ocasionen lesiones a las "libertades" fundamentales del individuo, podrán ser sometidos al control jurisdiccional mediante la *Verfassungsbeschwerde* (ver también LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 261).

258 Cfr. para todo LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 258, 260.

autoridades no legislativas, cuando dicha conducta sea lesiva de los derechos fundamentales del recurrente; y por el contrario, por lo que respecta a las omisiones del legislador, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal —recuerdo especialmente una importante sentencia de 19 de diciembre de 1951— ha establecido que las mismas pueden ser objeto de recurso únicamente en el caso de que se trate de “omisiones relativas”, como lo sería, por ejemplo, la expedición de una ley que reconociese ciertos derechos a un grupo de ciudadanos con exclusión de los demás, violando de esta manera el principio de igualdad; pero por otra parte, la referida jurisprudencia no ha aceptado el recurso contra “omisiones absolutas”, o sea, contra la falta de expedición de una ley²⁵⁹.

25. Legitimado para obrar es todo aquél (*jeder-mann*) que se afirme titular del derecho fundamental (o de otro derecho o situación constitucional equiparada), que haya sido lesionado por actos de la autoridad pública²⁶⁰; por tanto, el recurrente podrá también ser extranjero o persona jurídica, puesto que a los extranjeros y a las personas jurídicas pueden atribuirse algunos de los derechos constitucionales que son

259 Cfr. LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 259; la citada sentencia puede verse en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, I, p. 97.

260 La acción no corresponde, por tanto, a *quisquis de populo*, como ocurre con la *Popularklage* bávara. Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 101; GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 277.

tutelados por la institución²⁶¹. La infracción de la que nace el interés para obrar²⁶² debe consistir, como ya

261 Ver POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., p. 32 y ss.; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., p. 212 sub 3.

262 Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., pp. 35 a 44. Este autor, siguiendo la doctrina dominante en Alemania, considera el *Rechtsschutzinteresse* o *Rechtsschutzbedürfnis* como un presupuesto procesal (*Prozessvoraussetzung*) del recurso constitucional; así también, por ejemplo, SCHÖNKE, A., *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7, Karlsruhe, 1951, pp. 167 y ss., 170. No considero aceptable esta doctrina: el interés me parece, en efecto, —a diferencia de la legitimación, entendida como “legitimación modificativa de hecho” (CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, op. cit., p. 185)— un requisito de fundabilidad, y no un presupuesto procesal de la demanda. Entiendo por presupuestos procesales, los requisitos que son necesarios para la admisibilidad del juicio (cualquier juicio) sobre el fondo, o sea, sobre el fundamento de la demanda; es decir, aquéllos, sin los cuales nace una relación procesal *genérica*, pero no una relación procesal *de fondo*, originando el derecho y la correlativa obligación del juez, de juzgar no sólo sobre la regularidad del proceso sino también sobre el fondo, esto es, sobre la lite; ver las claras observaciones de ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 3, Turín, 1955, pp. 271 y ss., 373 y ss. (CARNELUTTI abandona como anticuada la categoría de los presupuestos procesales. —ver la Postilla a SCHÖNKE, en *Riv. dir. Proc.*, 1948, I, pp. 152 y ss.—, no obstante considero que dicha categoría debe conservarse porque sobre ella se puede desarrollar la distinción, establecida también por CARNELUTTI; *Istituzioni*, op. cit., II, No. 479 a 481, entre resoluciones sobre el fondo y resoluciones “negativas”). Por el contrario entiendo, por interés para obrar, el elemento *causal* de la demanda, dirigido a obtener una resolución jurisdiccional *necesaria* para hacer efectiva una situación jurídica, en forma activa y de carácter subjetivo (titularidad de un derecho, de una potestad, de una facultad). Una demanda *infundada* por insubsistencia del derecho que se pretende

ejercitar (o potestad, etc.) será siempre (también) negativa del interés para obrar; si no existe la situación subjetiva de carácter activo que se pretende tutelar, falta a la demanda no la voluntad, es decir el elemento psicológico (subjetivo) pero sí la causa —elemento objetivo— para obtener la tutela. Pero también en presencia de la situación subjetiva de carácter activo, puede la demanda resultar, no digo inadmisibile, porque este es el término tradicionalmente usado para indicar ausencia de los presupuestos procesales, pero inactual y por tanto *infundada*, si no existe la necesidad de la tutela, porque la demanda es precisamente pretensión de tutela, o más bien de *necesaria* tutela. (Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, *op. cit.*, I, n. 351; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2, I, Padua, 1943, pp. 125 y ss.). Colocaría, repito, el interés para obrar, entre los requisitos de fundabilidad, estimándolo como *causa petendi*, o sea, como elemento causal, objetivo, del acta de demanda (ver CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, y *Teoria gen. del diritto*, *op. cit.*, pp. 235 y ss.; también INVREA, “Interesse e azione” en *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, pp. 320 y ss., quien especialmente a los números del 17 a 21, trata del interés para obrar como “causa legítima”, o sea, como elemento constitutivo del derecho “concreto” de acción). De lo expuesto debe concluirse que la resolución que rechace una demanda por carencia del interés para obrar, diversamente de las resoluciones “negativas”, es susceptible de crear cosa juzgada material, que consistirá en la declaración de que con base en los hechos deducidos (o deducibles) en la causa, el actor no tiene necesidad frente al demandado de la tutela solicitada, —no tenía, por ejemplo, necesidad de una sentencia de condena a pagar, frente a un convenio que haya formalizado una oferta de pago.

No es posible aceptar la doctrina de SATTÀ (“Interesse ad agire e legittimazione”, en el *Foro it.*, 1954, IV, p. 171), según la cual, la sentencia de “rechazo por defecto de interés en realidad reconoce que, el interés que se hace valer subsiste y está satisfecho”, consistiendo por tanto, en “una decisión positiva de fondo”. Creo, por el contrario, que el juez puede limitar su examen a la sola subsistencia de la *causa petendi*,

prescindiendo de toda otra investigación; así podrá rechazar una demanda de mera declaración de propiedad, apoyándose en la circunstancia de que el pretendido derecho sea o no verdadero, no ha sido jamás controvertido. Por el contrario, SATTI tiene razón, me parece, cuando partiendo de su concepción privatística de la acción, niega que el interés para obrar sea *extraño* al interés sustancial hecho valer en el juicio; pero no por ello deben identificarse los dos intereses, ver FURNO, *Appendice del Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, *op. cit.*, especialmente en las pp. 311, 329, 334 y 348 y ss.; debe decirse solamente, que el interés para obrar está determinado por una particular situación de necesidad de tutela del interés sustancial, o más bien del pretendido y eventual interés sustancial. Esta situación, que puede designarse genéricamente como “necesidad de tutela” (o de “interés para obrar”), no implica “una valoración meramente de hecho” (ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padua, 1954, p. 29, en nota), sino debe inferirse de la ley en sus manifestaciones específicas, y en esto radica su objetividad, la cual no es compatible, como justamente afirma ALLORIO, “Bisogno di tutela giuridica”, en *Jus*, 1954, especialmente en las páginas 557 y ss., y en la *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954, pp. 337 y ss.; traducción española: “Necesidad de tutela jurídica”, en *Rev. Fac. Der. Méx.*, núm. 14 (abril-junio de 1954), pp. 87-114 (traducción y notas complementarias de ALCALÁ ZAMORA); con el concepto de “interés”, pero bien puede armonizar con el de “causa”: y esto debe hacerse en relación a los diversos tipos de procesos y de acciones, o más exactamente, con referencia a los varios tipos de actos procesales, los cuales deben tener una “típica” o “atípica” *causa agendi*, de la misma manera que los actos y negocios del derecho sustancial (artículo 1322, inciso 2, Cód. Civ.).

Que la causa es elemento constitutivo de todo acto jurídico, inclusive procesal, y por tanto de la demanda judicial, no puede negarse alegando, como lo hace ALLORIO, “Bisogno di tutela giur.”, *op. cit.*, en *Jus*, p. 559, y *Zeitschrift für Zivilprozess*, p. 340, que la valoración del “interés” y de la “necesidad de

tutela” es “una valoración que tiene hecha *a priori* (para todo singular tipo de actos) el legislador en el instante precedente a aquel en el cual ha dictado la norma, y que no debe, no puede ser modificado por el juez con un resultado, tal vez divergente” (así también ATTARDI, *op. cit.*, p. 73). Y si bien es cierto que también estoy de acuerdo, como se ha visto, con la objetividad de la causa, la cual debe inferirse del derecho objetivo; esto no excluye en forma absoluta que el juez pueda y deba analizar en todo acto singular y concreto si carece o no de la causa, que el legislador tiene prescrita en forma típica o atípica para todo acto de la categoría respectiva. Así, por ejemplo, deberá rechazar el juez por falta de causa (“carencia de interés”) la demanda de una providencia cautelar, que no sea la consecuencia de una efectiva situación de “peligro en el retardo”; o la demanda de una resolución de las denominadas “puramente declarativas”, que no esté dirigida —según la concepción que me propongo demostrar en un próximo trabajo, y que es susceptible de desarrollo también en el examen de la considerada inadmisibilidad de demanda “puramente declarativa” ante el juez administrativo— a repercutir sobre quien haya violado la *obligación (subsidiaria)* de no poner en duda (o sea de no crear la incertidumbre sobre) un derecho subjetivo o una libertad del actor (ver una tesis no muy diversa sostenida por SATTÀ en *L'esecuzione forzata*, Milán, 1937, pp. 10 y ss., nota); o la demanda de condena que no se enderece a afectar la violación de toda (otra) obligación, y así sucesivamente. De la misma manera debe considerarse infundada por falta de interés, una demanda simulada —de admitirse, como autorizadamente se admite que la simulación constituye un vicio de la causa (cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2, Turín, 1950, pp. 393 y ss.; CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, *op. cit.*, p. 248)—; así una demanda puramente declarativa de carácter positivo respecto de un derecho de propiedad, cuando realmente esté dirigida a la realización de un traspaso de dominio en virtud de un convenio (y tal vez en fraude al fisco). En este caso existe un acta (demanda), que no constituye el ejercicio del derecho a obtener del juez una

determinada resolución declarativa; una demanda privada de la causa —o función económico-social, como la causa se define comúnmente— que debería tener para constituir un acto de ejercicio de ese derecho.

El fenómeno de la falta de interés para obrar puede encuadrarse según creo, dentro del más amplio del abuso del (o sea, del exceso del) derecho (dentro del cual entra también como *species* el de los actos *ad aemulationem*; *infra*, nota 403; ver en sentido contrario ATTARDI, *L'interesse ad agire*, *op. cit.*, pp. 22 y 199 y ss., con bibliografía); todos los derechos, inclusive los procesales —y los diversos tipos de derechos que se confunden bajo la indiferenciada y por tanto inadecuada denominación de acción, la que indica en realidad el derecho de solicitar una resolución determinada (derecho que se ejercita mediante el acto de “demanda” en sentido propio), o sea, el de pedir cualquier providencia (sobre el fondo; o solamente respecto al proceso)— consisten en poderes atribuidos para garantía de determinados intereses (causas) (cfr. para todo, CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, *op. cit.*, p. 156): el acto con el cual se pretendiese ejercitar un poder por causa diversa, no sería acto de ejercicio de *aquel* poder, sino de otro poder (si existe), o bien un acto ilícito. De esta manera, aquel que pidiese una resolución de condena contra un deudor, el cual, al vencimiento, hubiese hecho oferta regular de pago, no ejercitaría, sino que abusaría del poder de solicitar una resolución de condena, ya que este poder debe referirse a una situación lesiva del derecho sustancial, que en la especie no existe (aún cuando subsista el derecho sustancial al pago de la deuda); tal “demanda” es abusiva, y de aquí la condena en costas procesales, etc. Por el contrario, no considero exacto lo que sostiene ATTARDI, *op. cit.*, pp. 201 y ss., en el sentido de que: “Toda vez que un sujeto haga valer judicialmente un derecho y se compruebe que está animado únicamente de una finalidad emulatória, la demanda deberá ser rechazada como infundada, *esto es por falta del derecho hecho valer*, y no por falta del interés para obrar”; pero, a mi modo de ver, la demanda será rechazada como infundada *independientemente*

se ha visto, no en un simple peligro de daño futuro, sino en un perjuicio actual, resultante de la negativa de una facultad o de la determinación de un deber en forma contraria a lo dispuesto por los preceptos sobre los derechos fundamentales o de otros derechos que hayan sido “equiparados” a los primeros²⁶³. Y cuando el recurso está dirigido contra actos legislativos, no es suficiente tampoco la potencialidad de la lesión —contrariamente a lo que dijimos para el recurso de Derecho Público—²⁶⁴, sino que es preciso, para utilizar la fórmula usada por el Tribunal Constitucional Federal, que la lesión sea “actual y directa” (*gegenwärtig und unmittelbar*)²⁶⁵, o sea, que el acto legislativo afecte al promovente en forma inmediata. Esto es posible solo cuando la ley, antes que limitarse a la creación,

de la subsistencia de la relación sustancial deducida en juicio: el “exceso del derecho”, del cual habla ATTARDI, constituye un exceso del derecho procesal (*jus petitionis*), pero no del sustancial.

263 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 263. Ver también POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., pp. 35, 37 y ss., quien afirma que la lesión debe afectar *den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar* estableciéndose los tres requisitos del interés para obrar en la *Selbstbetroffenheit* del recurrente y en la *Gegenwärtigkeit* y *Unmittelbarkeit* de la lesión; WESSEL, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, p. 163.

264 Cfr. *supra*, n. 5.

265 Cfr. el fallo de 19 de diciembre de 1951 dictado por la Primera Sala, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, op. cit., I, p. 97. En la doctrina, POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., p. 35, y LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 265.

modificación o extinción de situaciones jurídicas abstractas, generales e impersonales, establece por el contrario, de manera directa y sin necesidad de actos intermediarios de ejecución o aplicación, restricciones concretas de facultades, o bien, sujeciones y deberes atribuidos a ciudadanos particulares²⁶⁶, violando así la esfera de libertad y de facultades que constituye el ámbito de los *Grundrechte* o de las otras situaciones asimiladas por la ley a los propios derechos fundamentales. Por consecuencia, todo recurso constitucional propuesto directamente contra una ley no “autoplicativa”, será considerado infundado, por insubsistencia de la pretendida violación, y el ciudadano deberá impugnar posteriormente el acto de ejecución de la propia ley, que concretamente le afecte²⁶⁷.

266 Cfr. LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, POHLE, *Bemerkungen, op. cit.*, p. 40. Situación análoga existe en el “juicio de amparo contra leyes” del Derecho Constitucional mexicano; cfr. para todo ORANTES, *El juicio de amparo*, 2, México, 1951, pp. 61 y ss.; y BURGOA, *El juicio de amparo, op. cit.*, pp. 263 y ss., ambos con citas de jurisprudencia de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ver también RABASA, *El juicio constitucional*, México, 1919, pp. 240 y ss. La doctrina mexicana habla precisamente de “leyes autoejecutivas” o “autoaplicativas” o también *autoefectivas* fórmula a la que corresponde la de “*mit unmittelbarer Vollzugswirkung ausgestattete Gesetzgebungsakte*” usada por MAUNZ, *Deutsches Staatsrechte, op. cit.*, p. 100 —o sea las que ocasionen un perjuicio inmediato a situaciones subjetivas fundamentales de carácter activo y respecto de individuos determinados— (también puede aplicarse a categorías generales de sujetos cuando las mismas estén bien definidas). Ver *supra*, n. 1.

267 Sobre la legitimación e interés para obrar respecto al recurso constitucional contra leyes en el Derecho alemán, establece

26. Un presupuesto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* alemana, consiste, a semejanza de las instituciones similares de Suiza y Baviera, en la oportuna interposición y agotamiento del sistema de impugnaciones ordinarias jurisdiccionales (*Rechtsweg*) establecidas eventualmente por la Ley²⁶⁸. De ello resulta que el recurso constitucional, para el cual rige el *Subsidiaritätsprinzip*, es prácticamente admisible, con la salvedad de las leyes "autoplicativas" y los

agudas distinciones HOLT KOTTEN, "Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, pp. 528 y ss., quien acepta parcialmente la corriente jurisprudencial mencionada; pero distinguiendo con posterioridad, en el ámbito de las leyes autoejecutivas entre las que son fuente de lesiones "perfectas" y las que sólo producen lesiones "perfeccionables" por un acto administrativo. Ver también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 265.

- 268 Parágrafo 90, inciso 2, párrafo 1 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*. Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 33; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, *op. cit.*, p. 212 sub 2; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 266 y ss. (*Rechtsweg*, explica LECHNER, es todo recurso o impugnación, que pueda considerarse comprendido en el concepto de *gerichtliche Nachprüfung*; debe recordarse, por el contrario, que en el Derecho austriaco —*supra*, nn. 8 y 11— el presupuesto procesal se refiere únicamente al agotamiento de los recursos *administrativos*, pero no a los jurisdiccionales). También es inadmisibile el recurso constitucional cuando ha precluido el término de impugnación, o si la impugnación propuesta ha sido rechazada por motivos de forma, o bien si se ha renunciado a ella. Cfr. las dos sentencias de 12 de octubre de 1951 y la del 10 de febrero de 1953 del *Bundesverfassungsgericht* citadas por LECHNER, p. 267, del *op. ult. cit.*, y también POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

“actos de gobierno”²⁶⁹, únicamente contra resoluciones jurisdiccionales, y también contra actos administrativos, pero respecto de estos últimos, solo después de que han sido confirmados (*bestätigt*) mediante decisión judicial, en virtud de que en el vigente Derecho alemán, los actos administrativos están siempre sujetos al control jurisdiccional²⁷⁰. Otra consecuencia práctica del parágrafo 90, inciso 20, párrafo 1, de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht* radica en que solamente los fallos jurisdiccionales (de tribunales federales o locales, sean o no ordinarios) de *última o única instancia* —excepción hecha naturalmente de los del Tribunal Federal Constitucional mismo²⁷¹, que no son impugnables— están sujetos al recurso²⁷². No es obstáculo a este respecto que se trate de sentencia final o únicamente parcial²⁷³.

La Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional establece, sin embargo, una derogación a la disposición últimamente citada; en efecto, el propio parágrafo

269 Ver *supra*, nota 257.

270 Ver el artículo 19, inciso 4 de la Constitución de Bonn; para la doctrina, LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 259.

Sobre el carácter subsidiario de la *Verfassungsbeschwerde*, ver para todo POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 37.

271 Cfr. la decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal, de 29 de noviembre de 1951, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen*, *op. cit.*, 1, p. 262 y ss.

272 LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 262.

273 Sentencia del 28 de mayo de 1952 de la Primera Sala del *Bundesverfassungsgericht*, recordada por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 262 y ss.

90, preceptúa en su párrafo 29, que el presupuesto del *Erschöpfung des Rechtswegs* (agotamiento de los recursos ordinarios), no es siempre necesario, porque el *Bundesverfassungsgericht* puede admitir el recurso propuesto, aun en ausencia del citado presupuesto, si el problema planteado se considera de "importancia general" o si el desechamiento del propio recurso puede ocasionar al promovente un "daño grave e irreparable"²⁷⁴. En este caso, cuya trascendencia teórica y práctica es evidente, también los actos administrativos podrán ser objeto inmediato del recurso constitucional, así como las resoluciones jurisdiccionales que no sean de última instancia²⁷⁵. La jurisdicción constitucional de la libertad pierde en este caso su naturaleza de jurisdicción subsidiaria y diferida, que normalmente le es propia, pero la citada excepción, que en su formulación genérica deja amplios poderes discrecionales al Tribunal Constitucional, responde perfectamente, a mi modo de ver, a la relacionada naturaleza de los derechos fundamentales, la cual no sólo requiere (siempre) una particular eficacia de la tutela, como se ha manifestado en la Introducción de este trabajo, sino que también requiere, en situacio-

274 Sobre el significado de estas fórmulas, ver los fallos del 18 de septiembre de 1952 y del 24 de octubre de 1951 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, I, pp. 418 y 69; pero es evidente que se trata de formulación de carácter genérico que debe determinarse caso por caso.

275 LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 269 y ss.

nes especiales, la indeferibilidad de la tutela misma (*supra*, número 1).

27. En la misma forma en que los procesos análogos bávaro y extranjeros²⁷⁶, el federal alemán no tiene estructura necesariamente bilateral²⁷⁷, lo que constituye también, como se verá (*infra*, número 38), una consecuencia lógica de la estructura y de la función de los derechos fundamentales. La única parte (inicialmente) necesaria, puesto que sin ella el procedimiento no puede ponerse en movimiento y no tendría carácter jurisdiccional²⁷⁸ es, en verdad, el recurrente, si bien la ley atribuye a determinados "terceros interesados al proceso" la legitimación a una intervención, que por otra parte es facultativa, mediante la cual, dichos terceros vienen a asumir, más que la calidad de partes propias y verdaderas desde el punto de vista procesal, la que podría considerarse como de auxiliares voluntarios del juez constitucional, tanto en la búsqueda oficial de la verdad, como en el examen sobre la efectividad de la pretendida infracción constitucional. La forma de ejercitar esta intervención es definida por la Ley con esta única fórmula: *sich äussern*, que significa alegar,

276 Ver *supra*, nn. 5 y 18, e *infra*, n. 38.

277 Cfr. GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 274. Bajo este aspecto, el proceso instaurado mediante la proposición de la *Verfassungsbeschwerde*, es similar al que se desarrolla para el control de la legitimidad constitucional de las normas, ejercitado con apoyo en el artículo 100 de la Constitución de Bonn, a instancia de los jueces, así como al instaurado en Baviera mediante la *Popularklage* (ver *supra*, n. 21).

278 Ver *infra*, notas 327 y 365.

expresar sus opiniones, esto es, hechos y razones, los cuales pueden ser y en la práctica normalmente serán en favor de la legitimidad constitucional del acto impugnado, pero nada impide que por el contrario, se hagan valer en todo o en parte, en apoyo del acogimiento del recurso; se excluye, sin embargo, que el "tercera interesado" pueda proponer en cualquier forma, verdaderas y propias demandas, tanto procesales como de fondo, a las cuales el juez tenga la obligación de proveer²⁷⁹. El mismo "poder de alegar" puede ser reconocido por el Tribunal Constitucional, según dispone la Ley, también a los llamados "terceros no interesados en el proceso"²⁸⁰, o sea aquellos que en cualquier forma pueden ser estimados por el Tribunal como auxiliares de la administración de justicia. En todo caso, dicha facultad otorgada al "tercero" debe ejercitarse dentro del término que el referido Tribunal quiera establecer²⁸¹. Los

279 Cfr. GEIGER, *Kommentar*, op. cit., p. 292; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 273. No es ni siquiera seguro que el poder de "expresarse" implique el de examinar los actos del proceso (argumento que no puede inferirse del parágrafo 20 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, en virtud de lo afirmado, *infra*, nota 311).

280 Parágrafo 94, inciso 3, de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*.

281 Parágrafo 94, inciso 1 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*. El Tribunal Constitucional no tiene a este respecto de la potestad de obligar a nadie a intervenir, sino únicamente la de autorizar una intervención voluntaria de terceros "no interesados en el proceso", al solo fin de su *Anhörung* (sobre este concepto, cfr. SCHÖNKE, *Lehrbuch*, op. cit., p. 268 y ss.); el ejercicio de tal potestad por parte del Tribunal no es nunca obligatorio en cuanto a los "terceros no interesados" (LECH-

llamados “terceros interesados” están enumerados por el párrafo 94, incisos 1 y 2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal; son, por una parte, el órgano constitucional (central o local) cuyo acto se impugne; o bien el Ministerio competente, cuando el acto o la omisión combatidos se imputen a un Ministerio o a otro órgano no constitucional²⁸². Nada dispone la Ley,

NER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., pp. 273 y ss.). El Tribunal tiene, además, la facultad de establecer el término para la audiencia: LECHNER, op. loc. ult. cit.

Algo semejante ocurre en el proceso ante la Corte Constitucional italiana en materia de control de la legitimidad constitucional de las leyes (CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, op. cit., pp. 84 y ss.); conforme al artículo 25, último párrafo de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, el que establece, en efecto, que “pueden intervenir en juicio y presentar sus deducciones” el Presidente del Consejo de Ministros o el Presidente de la Junta Regional (según que se cuestione la legitimidad de un acto legislativo estatal o regional); lo mismo se dispone en relación con “los órganos del Estado o de las Regiones” —¿pero cuáles órganos?; ciertamente no todos, por lo que se nota a este respecto la imperfección de esta ley— los cuales tienen “derecho de intervenir en juicio”.

282 Los “órganos constitucionales”, explica LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., pp. 273 y ss., son el *Bundestag*, el *Bundesrat*, la “Comisión Permanente” de que habla el artículo 45 de la Constitución de Bonn, el *Bundespräsident* y la *Bundesregierung*, así como las Cámaras y los gobiernos de los *Länder*.

Se plantea aquí el problema de quién debe considerarse “interesado”, de acuerdo con lo dispuesto y para los efectos del párrafo 94, cuando el acto impugnado sea jurisdiccional: la opinión aceptada de que “interesado” deba considerarse al Ministro de Justicia, para a alguno, a la luz del principio constitucional (artículo 97 de la Constitución de Bonn) de la

por el contrario, en cuanto a la individualización de los “terceros no interesados”, atribuyendo a este respecto, facultades ilimitadas al juez constitucional, pero es evidente que en la práctica serán admitidos como tales, los *particulares* que se consideren interesados a contradecir las instancias del recurrente.

Ninguna disposición establece que a los sujetos a que se refiere el párrafo 94 —terceros interesados; no interesados— deban ser notificados de la sentencia del Tribunal Constitucional²⁸³, ni tampoco es necesaria su renuncia —a que se contrae el párrafo 25, inciso 1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional— para que se pueda omitir el debate oral de la causa²⁸⁴.

28. La Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht* prevé la hipótesis de que instituciones análogas a la *Verfassungsbeschwerde* federal sean establecidas también en las constituciones locales; esto sucede, como sabemos, en el Estado de Baviera y en otros *Länder*, a los que haremos referencia con posterioridad²⁸⁵. El párrafo

independencia y autonomía de los jueces, es poco satisfactoria, aunque seguramente puede inferirse del párrafo 94, inciso 2 de la Ley. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 274.

283 GEIGER, *Kommentar*, op. cit., p. 292; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 273.

284 Ver *infra*, n. 32 y nota 311.

285 *Infra*, nn. 40-42. Sobre este tema. Ver GEIGER W., “Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder”, en *Verfassung und Verwaltung, Festschrift für W. Laforet*, Munich, 1952, pp. 251 y ss.; SCHÄFER, H., “Das Verhältnis zwischen Bundes- und

90, inciso 3, dispone que en tales casos, el eventual derecho de acudir ante el Tribunal Constitucional Local “permanece inalterado”, no obstante la creación de la nueva institución federal²⁸⁶. Esta disposición debe relacionarse con la contenida en el artículo 142 de la Constitución de Bonn²⁸⁷, según la cual el hecho de que el Derecho Federal tenga preeminencia sobre el estadual, no significa, sin embargo, que los *Grundrechte* previstos por la Ley Suprema Federal excluyan la coexistencia de los diversos derechos fundamentales (siempre que no sean incompatibles), *más amplios, o iguales*, que estén garantizados por las constituciones

Landesverfassungsgerichtsbarkeit”, en *Juristenzeitung*, 1951, p. 199 y ss.; POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., pp. 50 y ss.

286 Parágrafo 90, párrafo 2: *Das Recht, eine Verfassungsbeschwerde an das Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, bleibt unberührt.* (Permanece inalterado el derecho a promover una reclamación constitucional ante el Tribunal Constitucional del Land, conforme al derecho de la Constitución del mismo).

287 Artículo 142 de la Const.: *Ungeachtet der Vorschrift des art. 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Ubereinstimmung mit den art. 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten.* (No obstante lo dispuesto por el artículo 31, permanecen en vigor también las disposiciones de las constituciones locales, siempre que protejan los derechos fundamentales de acuerdo con los artículos del 1 al 18 de la presente Ley Fundamental). El artículo 31 establece, por el contrario y tajantemente, la prevalencia del Derecho Federal sobre el estadual: *Bundesrecht bricht Landesrecht.* (El Derecho Federal prevalece sobre el Derecho de los Länder).

de los Estados de la Unión²⁸⁸. Esta posible duplicidad de los derechos del hombre, por virtud de la cual puede ocurrir que un derecho de idéntico contenido, corresponda, por así decirlo, dos veces al mismo individuo, en su doble calidad de ciudadano de la Federación y de una Entidad Federativa, puede ser la causa de que un único acto lesivo afecte dos derechos fundamentales diversos de un particular (aunque iguales en su contenido); de todo lo cual se deriva el desdoblamiento de la eventual tutela jurisdiccional de carácter constitucional, que significa la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal por lesiones del *Grundrecht* establecido por el Derecho Federal, así como a los tribunales locales, cuando un recurso semejante sea otorgado por el derecho local —con diversa *causa petendi*—, consistente en la violación, por parte de un mismo acto, de los diversos *Grundrechte* reconocidos por el ordenamiento estadual. A su duplicidad, debe agregarse la total independencia y autonomía de ambos recursos, ya que diversa es en efecto la materia de la controversia (por la diversidad del título), y no se puede ni siquiera considerar que la *Verfassungsbeschwerde* regional sea un medio de impugnación, un *Rechtsmittel* ordinario, cuyo agotamiento constituya presupuesto necesario para la admisibilidad del recurso ante el órgano federal —carácter que es unánimemente negado al recurso de que

288 Diversamente sucede en el ordenamiento suizo: cfr. FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundestaatsrecht*, op. cit., pp. 882 y ss.

se trata—²⁸⁹ por lo que se llega a la conclusión de que el interesado tiene la posibilidad de elegir una u otra vía, o ambas (aun simultáneamente); concluyéndose de la misma manera la falta de todo vínculo del juicio de un órgano sobre la decisión del otro²⁹⁰ con la única salvedad de que, cuando un acto lesivo es casado (o declarado nulo) por un juez constitucional y no por el otro, la sentencia de este último queda *gegenstandslos* (sin materia), por haber desaparecido el objeto del acto impugnado²⁹¹.

289 Ver *supra*, nota 208, e *infra*, nota 344.

290 Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 54; en contra KRATZER, J., "Artikel 142 Des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung", en *Verfassung und Verwaltung, Festschrift für W. Laforet*, *op. cit.*, p. 139.

291 Así POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 54; HOLT KOTTEN, H., *Erläuterungen im Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburgo, 1950, sub artículo 142.

Debe advertirse, sin embargo, que las soluciones dadas en el texto, son únicamente las que a mi parecer deben estimarse más aceptables; pero los problemas que surgen a este respecto son de extrema gravedad y delicadeza, y diversas las soluciones propuestas, en tanto que todavía, no se ha establecido una inequívoca jurisprudencia. Así, por ejemplo, según ZWEIGERT, "Die Verfassungsbeschwerde", *op. cit.*, p. 321, y KRATZER, "Art. 142 des Grundgesetz", *op. cit.*, pp. 115, 139, la elección de la *Verfassungsbeschwerde* estadual excluiría la *Verfassungsbeschwerde* federal, y viceversa; pero esta tesis es correctamente refutada por POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 52, quien observa cómo el fundamento (*die Gründe*) de la demanda es diverso según que se haga valer una violación del Derecho Constitucional federal o del estadual, y no se puede por tanto hablar —como aquellos autores hacen— de *litispendencia*, la cual presupondría la identidad del *Streitgegenstand*. En cuanto al "desdoblamiento" de los derechos fundamentales, cuando

29. El término preclusivo para la interposición de la *Beschwerde* está establecido por el parágrafo 93 de la Ley, que es el de un mes a partir de la notificación, si se trata de recurso contra resoluciones jurisdiccionales “motivadas y con autoridad de cosa juzgada”, y de un año en los otros casos²⁹². Tratándose de recurso contra leyes, el término anual empieza a correr desde la fecha de entrada en vigor de la ley impugnada, o bien —según la jurisprudencia actualmente establecida—²⁹³ de la fecha de su publicación, si se trata de ley retroactiva; por otra parte, las leyes que entraron

los mismos estén previstos, con idéntico contenido, tanto por la norma constitucional local como por la federal, éste es autorizadamente afirmado por POHLE, *op. ult. cit.*, pp. 50 a 56; y de la misma opinión son HOLTKOTTEN, *Erläuterungen*, *op. cit.*, sub artículo 142, LECHNER, “Erläuterung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht”, en *Das Deutsche Bundesrecht*, Francfort, 1951, sub parágrafo 90, Abs. 3., y SCHÄFER, “Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit”, *op. cit.*, p. 203, siendo, por el contrario, negado por GEIGER, “Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder”, *op. cit.*, p. 259, y *Kommentar*, *op. cit.*, sub parágrafo 90. GEIGER excluye, en efecto, la duplicidad de los derechos subjetivos fundamentales, admitiendo, no obstante una doble tutela jurisdiccional, del mismo, único derecho (aunque esta última opinión es claramente refutada por POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 53).

292 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 272 y ss.; POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

293 Cfr. los fallos de 10 de septiembre de 1952 y 21 de enero de 1953 dictados por la Primera Sala y publicados en la *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, I, p. 415 y II, p. 105.

o desahogadas por el promovente²⁹⁷. Por los motivos expresados en la Introducción (*supra*, número 1; ver también *infra*, números 38 y 39), rige, en efecto, en los procedimientos ante este supremo órgano jurisdiccional, la llamada *Offizialmaxime*, o sea, el principio de la investigación oficial de la verdad²⁹⁸; de los mismos

Constitución de Bonn; sin que hasta la fecha aparezca que la jurisprudencia se haya pronunciado sobre el particular).

297 Cfr. ZWEIGERT, "Die Verfassungsbeschwerde", *op. cit.*, p. 326; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 166 (no considero, sin embargo, exacto inferir, de la premisa que el *Bundesverfassungsgericht* no está ligado ni al *Vorbringen* ni a los *Beweisanträge* de las partes, la conclusión de que en el procedimiento ante el Tribunal no exista carga de la prueba, conclusión que me parece fundada sobre un falso concepto de carga; exacta es, por el contrario, la negativa de la existencia de pruebas *legales* en el proceso constitucional).

298 Parágrafos 26 y 33, inciso 2 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, I, parágrafos del 17 a 35 de esta ley, contienen las normas generales —*allgemeine Verfahrensvorschriften*— que regulan, a falta de disposiciones específicas en contrario, todo procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal. Así, los parágrafos 18 y 19 establecen las disposiciones relativas a las recusaciones y abstenciones de los jueces; en el párrafo 22 están, entre otras, las normas sobre la representación en juicio por un abogado o un profesor universitario de materias jurídicas; el párrafo 23 trata de los escritos que pueden ser presentados en el curso del proceso; el párrafo 34 dispone que el proceso debe ser gratuito, otorgando al Tribunal, la facultad en los casos de abuso del recurso, de imponer una multa de 20 a 1000 marcos en calidad de sanción. De otras disposiciones contenidas en estos parágrafos de la ley, se hará mención en el texto.

Sobre el origen y el desarrollo de la antítesis entre *Untersuchungsmaxime* y *Verhandlungsmaxime*, y sobre la distinción —a mi modo de ver muy importante— entre *Verhandlungsprinzip*

en vigor antes del 1 de abril de 1951, eran impugnables mediante recurso constitucional, hasta el 1 de abril del año siguiente²⁹⁴.

El recurso se interpone por escrito en el cual el *Beschwerdeführer* (recurrente) debe indicar, bajo pena de inadmisibilidad, la situación activa constitucional que estima lesionada, así como la acción o la omisión de la autoridad que haya ocasionado dicha infracción²⁹⁵.

30. El recurrente tiene, obviamente, interés en comprobar sus razonamientos y en alegar y probar los hechos que constituyen la base de su recurso. Y si bien el Tribunal Federal está limitado al ámbito de la *causa petendi* y del *petitum*²⁹⁶, no está, por el contrario vinculado a las alegaciones y a las pruebas ofrecidas

294 Parágrafo 93, inciso 3 de la ley cit. sobre la entrada en vigor de las leyes: cfr. el artículo 82, inciso 2 de la Constitución de Bonn.

295 Parágrafo 92 de la ley cit. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit.

296 Ni siquiera este vínculo será total, si se aceptase la tesis sostenida por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 276, el cual considera aplicable al proceso de referencia el parágrafo 78, párrafo 29 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal; según esta disposición, el Tribunal debe declarar también la nulidad de aquellas disposiciones (artículos, párrafos, etc) de una ley, que no hayan sido impugnadas, si de oficio son estimadas inconstitucionales *por las mismas razones*, por las cuales se consideran inconstitucionales los preceptos combatidos de la misma ley. (Debe sin embargo advertirse, que el parágrafo 78, de acuerdo con su texto, se refiere a un tipo de proceso constitucional del todo diverso, o sea al previsto por el artículo 93, inciso 1, número 2 de la

fundamentos se desprende, además, la consecuencia, de que el Tribunal Constitucional, cuando el recurso tiene por objeto una sentencia, no debe limitarse —a diferencia del juez de la revisión—²⁹⁹ al examen de la rectitud de la aplicación de las disposiciones jurídicas³⁰⁰, sino que está en aptitud de examinar nuevamente los hechos, respecto de los cuales no se encuentra limitado por las manifestaciones del fallo impugnado, aunque el mismo tenga categoría de cosa juzgada, en virtud de que también la inexacta posición de la “premisa menor” puede constituir la causa de la violación de un derecho constitucional³⁰¹.

Para la instrucción probatoria puede el Tribunal Constitucional comisionar a uno de sus miembros, o también (previa fijación de límites precisos a la indagación), a otro tribunal³⁰². A este respecto y con el fin de hacer posible la búsqueda oficial de la verdad, dispone la Ley³⁰³ que todos los tribunales y todas las

y *Dispositionsprinzip*, cfr. CARNACINI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di E. Redenti, II*. Milán, 1951, pp. 716 y ss. Traducción española del Lic. Aurelio ROMO, “Tutela jurisdiccional y técnica del proceso”, en *Rev. Fac. Der. de México*, núm. 12, oct.-dic., 1953, pp. 97 y ss.

299 Parágrafos 549, 554, 561 de la ZPO (Ordenanza Procesal Civil) alemana.

300 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 266; GEIGER, *Kommentar*, op. cit., pp. 280 y ss.

301 Cfr. GEIGER, *Kommentar*, op. cit., pp. 281 y ss. Sobre la cosa juzgada no obstante la proponibilidad del *Verfassungsbeschwerde*, supra, nota 208 e infra, nota 344.

302 Parágrafo 26, inciso 19 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*.

303 Parágrafo 27 de la ley cit.

autoridades administrativas tienen la obligación de ponerse a disposición del *Bundesverfassungsgericht*, quien también puede ordenar declaraciones testimoniales y dictámenes periciales³⁰⁴, puede disponer que las autoridades administrativas y judiciales presenten documentos³⁰⁵, así como realizar inspecciones, ordenar interrogatorios y todo otro medio de prueba.

31. La instrucción probatoria no será necesaria si el Tribunal Constitucional, con apoyo en la facultad que le otorga el parágrafo 24 de la Ley, deseche en vía preliminar recursos manifiestamente inadmisibles o infundados, en tal caso, la decisión deberá tomarse por unanimidad y no requiere motivación³⁰⁶.

Otras importantes facultades reconoce la Ley al Tribunal Constitucional, en relación con providencias

304 Parágrafo 28 de la ley.

305 Parágrafo 26, inciso 29 de la ley dispone que sólo el Tribunal Constitucional Federal, en acuerdo tomado por mayoría de dos tercios, puede decidir cuáles documentos particulares, no deben ser exhibidos, si su utilización en el proceso se estima "inconciliable con la seguridad del Estado".

También nuestra ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, dispone que la Corte Constitucional italiana "puede disponer el interrogatorio de testigos y, 'también derogando las prohibiciones establecidas por otras leyes', puede requerir la presentación de actas y documentos".

306 También la Corte Constitucional italiana podrá, con base en el artículo 26, inciso 2 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, rechazar en Cámara de Consejo, como "manifiestamente infundadas", las instancias que le son propuestas. Cfr. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, op. cit., pp. 84 y ss.

de urgencia³⁰⁷ y sobre el proceso³⁰⁸; así tiene la potestad de establecer provisionalmente y sin necesidad de debate oral, o sea, mediante *einstweilige Anordnung* (orden provisional), una situación determinada, si la misma es requerida urgentemente para evitar graves daños o para impedir actos de violencia, o bien por otros serios motivos relativos al orden público o al bien común. Contra dichas providencias o contra su desechamiento puede interponerse oposición (*Widerspruch*), la que no está sujeta a términos (ya que la providencia provisional no es nunca susceptible de obtener categoría de cosa juzgada ni de vincular al juez en su sentencia definitiva), y sobre la cual el Tribunal Constitucional deberá decidir en debate oral, en el lapso de dos semanas; en trámite de la oposición, podrá el Tribunal mismo, si lo cree conveniente, suspender la ejecución de la providencia combatida. La *einstweilige Anordnung*, que bajo ciertas condiciones puede ser solicitada y emitida aun antes de la interposición del recurso constitucional, pierde su eficacia si el recurso no es oportunamente formulado³⁰⁹, y normalmente deja de surtir efectos en el término de

307 Parágrafo 32 de la ley. Sobre la aplicabilidad de este precepto al proceso constitucional de la libertad, ver la sentencia de 13 de noviembre de 1951 dictada por la Primera Sala, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, 1, p. 74.

Sobre la falta de poderes cautelares de nuestra Corte Constitucional, ver *supra*, texto y nota 19.

308 Parágrafo 33 de la ley.

309 Cfr. sobre toda esta materia LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

tres meses, a partir de su dictado, salvo que la propia medida provisional sea reconfirmada, por mayoría de dos tercios de los jueces votantes, para un período de otros tres meses.

En cuanto a las providencias sobre el proceso, dispone la Ley que el *Bundesverfassungsgericht* puede suspender un procedimiento que ante él se tramite, hasta la conclusión de otro proceso pendiente ante otro Tribunal, si las manifestaciones y la decisión de este último, pueden tener alguna trascendencia para la resolución del primer proceso. La Ley establece, del mismo modo, que el Tribunal Constitucional está facultado, para apoyar su fallo en las manifestaciones sobre hechos contenidos en una sentencia con categoría de cosa juzgada, si la misma ha sido dictada en un proceso regulado por el principio de la investigación oficial de la verdad³¹⁰.

32. Según el párrafo 25 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional, la decisión final será pronunciada a continuación de un debate oral, mediante sentencia (*Urteil*), otorgándose a los interesados la facultad de renunciar a la audiencia final³¹¹, y en tal caso la resolución

310 Párrafo 33 de la ley.

311 La renuncia —dispone el párrafo 25, inciso 1— debe ser expresa, y provenir de “todos los interesados”; sin embargo, tratándose de procedimiento ex párrafos 90 y ss. de la ley (*Verfassungsbeschwerde*), tal facultad de renuncia corresponde únicamente al *Beschwerdeführer*, dado que los “terceros interesados”, de los que habla el párrafo 94 al solo objeto de atribuirles la facultad de ser oídos (*Gelegenheit zur Aeusserung*) no pueden, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, considerarse *Beteiligte*, en el sentido atribuido a

tendrá la forma de un simple *Beschluss* (acuerdo)³¹², pero con la misma eficacia de la sentencia.

Son admisibles decisiones parciales e interlocutorias (*Teil und Zwischenentscheidungen*)³¹³, pero sólo para las primeras —con las cuales se resuelve definitivamente uno de las “capítulos” de la demanda— se aplica lo que se ha expuesto anteriormente sobre la forma de la sentencia o del *Beschluss*³¹⁴. Toda determinación del Tribunal Constitucional debe emitirse “en nombre del pueblo”, y las decisiones son tomadas, de acuerdo con el parágrafo 30 de la Ley, en sesión secreta³¹⁵, “con base en la libre convicción que el Tribunal Federal Constitucional se haya formado por medio del debate y de los resultados probatorios”. En la discusión tomarán parte los mismos jueces que hayan participado en

esta palabra en las “disposiciones procesales generales” de la ley (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., pp. 163 y ss., 273-274). Los sujetos a los cuales alude el parágrafo 94 son, en efecto, siempre y solamente tercero, mientras que por el contrario la palabra *Beteiligte* incluida en las disposiciones generales, se refiere únicamente a las partes.

312 Parágrafo 25, incisos y 29 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*. Sobre esta clase de resolución judicial, ver SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, op. cit., parágrafo 70, especialmente, p. 287.

313 LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 165.

314 Parágrafo 25, inciso 3 de la ley.

315 Según se ha visto con anterioridad (*supra*, n. 7, y nota 120), lo contrario sucede en el Tribunal Federal suizo, así como en México, respecto a las decisiones de la Suprema Corte de Justicia (aunque también en otros tribunales federales mexicanos; y no sólo en los procesos de amparo).

todo el procedimiento³¹⁶. Las resoluciones deberán, en todo caso, redactarse por escrito, con la firma de los jueces que las hayan discutido, pero no se admiten los "votos de disenso" usados en el Derecho anglosajón³¹⁷.

Por regla general se exige la motivación de los puntos resolutivos³¹⁸, así como en todo caso, la notificación de la resolución al "interesado"³¹⁹.

33. Resta ahora hablar de los efectos de la resolución de la *Beschwerde*, siendo aquí donde fundamentalmente el legislador federal ha tenido presente, por un lado (para evitarlas) las deficiencias de la institución bávara, por el otro, las disposiciones más perfeccionadas de los derechos suizo y austriaco, y fundamentalmente, la experiencia que se deriva de los decenios que tienen de vida las referidas instituciones establecidas en Baviera y en el extranjero.

Si la función de la institución es esencialmente la de tutelar al ciudadano en sus derechos fundamentales frente a los actos de autoridad, resulta evidente que dicha finalidad debe perseguirse a través del reconocimiento de una eficacia adecuada de la sentencia de acogimiento del recurso constitucional³²⁰, eficacia que

316 LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 173.

317 LECHNER, op. cit., pp. 173 y ss.

318 Parágrafo 30, inciso 1 de la ley.

319 Parágrafo 30, inciso 2 de la misma ley. Esta regla no se aplica a los "terceros interesados" de que habla el parágrafo 94. Ver *supra*, texto y nota 283, y nota 311.

320 *Supra*, n. 1. Consideraciones sobre las relaciones entre "finalidad" y "función", y entre ésta y "resultado", en polémica con

para ser completa deberá implicar la eliminación del acto lesivo (*Beseitigung*)³²¹, ya sea mediante declaración de nulidad (declaración que no carece de efectos constitutivos y obligatorios, como veremos), ya a través de la anulación.

Las disposiciones que aquí nos interesan, están contenidas en los parágrafos 95, 96, 31, 35, 79 y 41 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, las que por razones de método, serán estudiadas primeramente con referencia a la reglamentación del recurso contra actos (sustancialmente legislativos) y posteriormente en relación al recurso contra actos no normativos.

BOBBIO ("Francesco Carnelutti teorico generale del diritto", en *Giur. it.*, 1949, IV, pp. 133 y ss.) e implícitamente con ALLORIO ("Saggio polemico sulla 'giurisdizione' volontaria", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, pp. 496 y ss.) se pueden ver en CARNELUTTI. *Teoria generale del dir.*, op. cit., p. XIV. Sobre la necesidad, para conocer una institución jurídica, de "percatarse de la función que está destinado a cumplir" y "de la función efectivamente cumplida", cfr. ASCARELLI, "Funzione economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione", en *Saggi giuridici*, Milán, 1949, pp. 83 y ss., especialmente p. 87. Ver también *infra*, nota 391.

- 321 El término es usado muy eficazmente, por ejemplo, por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 258. Este debe situarse entre los efectos reales (y según KELSEN, represivos y no preventivos) de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, de la cual habla el propio KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 44 y ss. Ver *supra*, nota 105. Inadecuados, considerados aisladamente, serían también para KELSEN los efectos *personales* —por ejemplo, responsabilidad del funcionario agente y el consiguiente resarcimiento—, dado el carácter "fundamental" y por tanto infungible de los intereses tutelados per el *Gundrecht* (*infra*, n. 38).

Premisa común es que en cualquier tipo de proceso constitucional en que hayan sido dictadas, todas "las decisiones del Tribunal Constitucional Federal obligan tanto a los órganos constitucionales federales y locales como a todos los tribunales y autoridades"³²²,

322 Parágrafo 31, inciso 1 de la ley: *Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden*. Sobre el concepto de la *Bindung* establecido por este precepto de suma importancia, se ha desarrollado en Alemania una vasta elaboración doctrinal y jurisprudencial; entre los problemas que recientemente se debaten, debe señalarse el de los límites objetivos de la eficacia obligatoria, en relación a si la *bindende Wirkung* se refiere únicamente a los puntos resolutivos o también a la parte considerativa (*Begründung*) de la resolución, así como a las cuestiones resueltas (ver sobre este último a WILLIAMS, G., "Was bindet nach Paragraph 31 Abs. 1 BVerfGG?", en *Juristenzeitung*, 1954, pp. 525 y ss. y JESCH, D., "Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden", *ibid.*, 1954, pp. 528 y ss.).

La "eficacia vinculante" se considera diversa de la *materielle Rechtskraft*, autoridad de cosa juzgada material (cfr. BLOMEYER, "Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht", *op. cit.*, p. 2, del sobretiro), la que no puede, por su misma naturaleza, extenderse a la mera motivación. También las resoluciones sobre el fondo dictadas por el Tribunal Constitucional, que deben estimarse ante todo absolutamente inimpugnables (cosa juzgada formal), son en verdad consideradas susceptibles de crear *entre las partes y sus causahabientes* la cosa juzgada material, o sea, capaces de atribuir un bien concreto de la vida, con tal de que se trate de decisiones sobre relaciones jurídicas concretas y no de *allgemeine, abstrakte Entscheidungen*, como en el caso de "control de las normas" (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 176 y ss.). Pero también los fallos (o las partes de

y además, "el Tribunal Constitucional Federal, puede establecer en su decisión, quien la debe ejecutar; está

fallos, como la motivación al menos dentro de ciertos límites cuya delimitación es todavía muy controvertida, así como las relativas a ciertas cuestiones incidentales) que no pueden crear la cosa juzgada, adquieren, sin embargo, la fuerza obligatoria a que se refiere el parágrafo 31, inciso 1 de la ley (cfr. entre muchos otros LECHNER, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; SCHEUNER, U., "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, pp. 613 y ss., especialmente p. 627). Así, por ejemplo, será obligatoria para el legislador federal (ordinario) la interpretación que haya dado el Tribunal Constitucional Federal en una de sus resoluciones, respecto de una norma constitucional, o para el legislador estadual, la interpretación de una norma federal ordinaria, y así sucesivamente. Por el contrario, el Tribunal Constitucional mismo, no está obligado a respetar sus precedentes ya que como consecuencia de una decisión disconforme, la precedente perderá su "eficacia vinculante" (LECHNER, *op. cit.*, p. 180): no obstante, el Tribunal Constitucional deberá, por el contrario, respetar la eventual eficacia de la cosa juzgada (material) y la inmutabilidad (cosa juzgada formal) de sus decisiones: apreciándose nuevamente la diferencia entre *Rechtskraft* y *bindende Wirkung* (cfr. *infra*, n. 39 y ss., y ver también la decisión de 23 de noviembre de 1951 del Tribunal Constitucional, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, 1, p. 89).

(La ley italiana de 11 de marzo de 1953, n. 87, a través de una disposición que no se sabe si es más simple que simplista establece, en el artículo 30, inciso 1, que "solo los puntos resolutivos" de las sentencias, con las cuales la Corte Constitucional haya declarado la ilegitimidad constitucional de leyes o de actos con fuerza de ley deben ser publicados "en la misma forma establecida por la publicación del acto declarado constitucionalmente ilegítimo").

en posibilidad, también en cada caso particular, de regular la forma y el modo de la ejecución”³²³; otro principio común, que si no es aplicable a todo tipo de resolución de la jurisdicción constitucional, si lo es a las decisiones dictadas por la “jurisdicción constitucional de la libertad”, o sea, a los fallos emitidos respecto de la *Verfassungsbeschwerde*³²⁴, es el siguiente: que siempre el fallo de acogimiento tendrá a lo menos un (primer) contenido declarativo, porque deberá desde luego *declarar*, el precepto constitucional violado, así como la actividad u omisión que lo haya infringido³²⁵.

34. El contenido declarativo no se agrega, sin embargo, a algunos otros efectos, constitutivos, dispositivos o de condena, cuando el acto impugnado tiene naturaleza legislativa, salvo el efecto obligatorio (llamado *bindende Wirkung*) del cual se ha hablado en el número precedente, y que atribuye una naturaleza, en este sentido constitutiva, a la resolución. En efecto, dispone el inciso 39 párrafo 1, del párrafo 95: “Si el recurso constitucional contra una ley es acogido,

323 Parágrafo 35 de la ley: *Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.* Sobre la escasa aplicabilidad de esta norma del proceso constitucional de la libertad, ver *infra*, nota 342.

324 En tal sentido también GEIGER, *Kommentar op. cit.*, p. 293.

325 Parágrafo 95, inciso 1, párrafo 1: *Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist in der Entscheidung festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde.* Cfr. ZWEIGERT, “Die Verfassungsbeschwerde”, *op. cit.*, p. 327.

la ley deberá ser declarada nula³²⁶. Esta *Nichtigklärung* (declaración de nulidad absoluta, o más bien de inexistencia) obra *ex tunc*, y tiene, por virtud de la disposición anteriormente expuesta, eficacia obligatoria sobre todos los órganos constitucionales, los tribunales y toda otra autoridad³²⁷.

326 *Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären.*

327 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 276; GEIGER, *Kommentar*, op. cit., p. 296; este último autor sostiene además, contra el parecer del primero y el de POHLE, *Bemerkungen*, op. cit., p. 36, y ss., la aplicabilidad del parágrafo 31, inciso 2, con la consecuencia de que la decisión con la cual se declare la nulidad absoluta de la ley, tendrá "fuerza de ley" (*Gesetzeskraft*) y deberá ser publicada, por el Ministro Federal de Justicia en el "Periódico de las leyes federales" (*Bundesgesetzblatt*). El fundamento de la tesis de GEIGER me parece sostenible; puede decirse, en efecto, que el parágrafo 31, inciso 2, ha querido referirse en esencia, no obstante lo incompleto de su texto, a todos los casos en los cuales tratándose de *Normenkontrolle* el Tribunal Constitucional declara la nulidad de una disposición "general". El hecho de que las decisiones del Tribunal tengan en estos casos "fuerza de ley" no quiere decir que ellas, así como las resoluciones jurisdiccionales, adquieran *naturaleza* de leyes. No considero, en efecto, que el elemento decisivo para individualizar la naturaleza de los actos jurídicos, sea su eficacia, sino más bien el modo como se forman ("autonomía", "heteronomía", "soberanía", "soberanía obligatoria": cfr. las páginas fundamentales de CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, op. cit., pp. 52. y ss.); ver también KELSEN, *Teoria gen. del diritto e dello Stato*, op. cit., p. 209 y ss., en donde los mismos términos son usados con un significado diverso, ver también *infra*, nota 365.

La "Gesetzeskraft" a que se refiere el parágrafo 31, inciso 2 de la ley, es concebida como algo que se agrega a la *bindende Wirkung* del primer inciso: consistirá, pues, en que la decisión

Se trata, evidentemente, como también en el caso de anulación de actos administrativos o jurisdiccionales, de los que hablaremos de una eficacia dirigida hacia el pasado más que hacia el futuro, en cuanto consiste en impedir o en invalidar los efectos de un acto ya realizado. Se trata en otras palabras, de un control represivo, no preventivo, si bien la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, sobre la base del parágrafo 31, inciso 1, ha considerado que el legislador (u otra autoridad), no puede —al menos *rebus sic stantibus*— expedir una nueva ley (u otro acto de imperio) de igual contenido³²⁸. Y además, para

del Tribunal Constitucional, en cuanto realizar un “control normativo”, será no solo *vinculante* para todos los órganos públicos —en el sentido que ellos estarán sujetos en su actividad de creación o de aplicación del derecho—; sino también que el fallo, al igual de las leyes “autoejecutivas” (*supra*, nota 266), es capaz de crear inmediatamente facultades y deberes (ver LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 181, según el cual, sin embargo, “prácticamente” la misma eficacia se alcanzaría mediante la *Bindung* de todos los órganos públicos, *ex* parágrafo 31, inciso 1 de la ley; opinión que no me parece correcta).

328 Ver la decisión de 23 de octubre de 1951, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *op. cit.*, 1, p. 14. También en nuestra doctrina ha sido autorizadamente afirmado que: “después de que haya entrado en funciones la Corte Constitucional, cuando el Parlamento expida una ley que se limite a reproducir el contenido de una anterior ya declarada inconstitucional por la Corte (...), el juez del fondo puede rechazar su aplicación, independientemente de otra decisión de inconstitucionalidad dictada con el procedimiento del artículo 134 y siguientes de la Constitución, debido, al contraste con lo resuelto anteriormente”. (MORTARI, “Sul-l'eccesso di potere legislativo”, en *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 458).

evitar aún más radicalmente que los órganos (no sólo legislativos), cuya conducta haya sido estimada lesiva de un derecho fundamental, repitan en lo futuro el mismo comportamiento, se ha establecido, además, en otra disposición de carácter general contenida en el primer inciso, segundo párrafo, del parágrafo 95, que corresponde al mismo Tribunal la potestad de declarar “que también toda repetición de la actividad controvertida es contraria a la Constitución”³²⁹; y la

329 *Das Bundesverfassungsgericht kann zugleich aussprechen, dass auch jede Wiederholung der beanstandeten Massnahme das Grundgesetz verletzt*, A tal declaración, de carácter cautelar, en cierto sentido, es dudoso que pueda atribuirse la eficacia establecida por el inciso tercero, párrafo primero del parágrafo 95 (o sea, una especie de declaración preventiva de nulidad). Así, por ejemplo, no puede estimarse que los jueces estén facultados, frente a una ley que constituye repetición de otra declarada inconstitucional, para desaplicarla *tout court* con la simple observación de que ya el Tribunal Constitucional Federal lo haya resuelto así con anterioridad (*ex* parágrafo 95, inciso 1, párrafo 1), sino que por el contrario, deben seguir el *iter* prescrito por el artículo 100, de la Constitución (*Richterklage*), previa suspensión del proceso pendiente ante ellos. No por ello puede considerarse superflua la disposición que se examina, pues además de su indudable fuerza jurídica, (la *Bindung* de que habla el parágrafo 35 de la ley) psicológica y política sobre la autoridad legislativa, podrá realizar una influencia semejante sobre los jueces —que precisamente serán más fácilmente inducidos por ella a hacer valer la *Richterklage*, toda vez que también la declaración preventiva correspondiente, a semejanza de lo que ocurre con la institución que se comenta, tiene eficacia obligatoria según se ha dicho con anterioridad, tanto respecto de la autoridad pública como también sobre los ciudadanos particulares, en el ejercicio de su derecho fundamental de resistencia (*Widerstandsrecht*)

doctrina considera que esta especie de *declaración para el futuro* —a la que no puede negarse la eficacia obligatoria que es propia, como se ha visto, de las sentencias del Tribunal Constitucional (párrafo 35, inciso 19 de la Ley)— puede referirse no sólo a “repeticiones” por parte de la autoridad cuya actividad haya sido impugnada, sino también a la conducta futura y similar de *otras autoridades*, y dirigida contra *diversos sujetos*³³⁰.

Siempre respecto a los efectos de la resolución del *Bundesverfassungsgericht* frente a los actos legislativos, otra disposición, importantísima y novedosa respecto de las instituciones análogas no alemanas que se han estudiado en los párrafos precedentes,³³¹ es la contenida en el segundo párrafo del tercer inciso del párrafo 95. En ella se establece que la sentencia del Tribunal Constitucional que declare fundado un recurso contra un acto no legislativo, tendrá sin embargo (también) el efecto de declarar la nulidad absoluta de la ley, cuando la inconstitucionalidad del acto admi-

contra actos de imperio lesivos de las libertades del hombre, derecho de resistencia que es reconocido expresamente por algunas constituciones locales (así la de Berlín Occidental del 1 de septiembre de 1950, artículo 23, inciso 3; en la de la *Freie Hansestadt Bremen* de 21 de octubre de 1947, artículo 19; y finalmente la del *Land Hesse* del 11 de diciembre de 1946, artículo 147; ver también *supra*, n. 21, texto y nota 230.

330 Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 275.

331 Lo que no sucede, por el contrario, en relación con el Derecho bávaro. Ver *supra*, nota 175.

nistrativo o jurisdiccional, derive de la aplicación o ejecución de una ley inconstitucional³³².

35. El párrafo 95, inciso tercero, contiene en su parte final, o sea, el párrafo 3, un reenvío al párrafo 79 de la Ley³³³, remisión que tiene aplicación tanto si la *Beschwerde* ha combatido directamente un acto legislativo —que es el caso reglamentado por el párrafo 95, inciso 3, párrafo 1— o bien si lo ha controvertido solamente en forma indirecta, a causa de la disposición del segundo párrafo del mismo párrafo 95, anteriormente examinado. Dicha remisión establece excepciones importantes a los principios de la cosa juzgada,³³⁴ excepciones inspiradas, por otra parte, en imprescindibles motivos de justicia, que nos hacen recordar al artículo 3, inciso 4, de la Ley italiana de 11

332 Párrafo 95, inciso 3, párrafo 2 (cfr. el primer párrafo *supra*, en la nota 326): *Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäss Absatz 2 stattdessen gegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem Verfassungswidrigen Gesetz beruht.* (Lo mismo sucede cuando la reclamación constitucional tenga lugar de acuerdo con el inciso 2, en virtud de que la sentencia revocada descansa en una ley inconstitucional). Sobre la interpretación del *Absatz 2* aquí mencionado, ver lo que a continuación se dice en el texto.

333 Párrafo 95, párrafos 2 y 3: *Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend.*

334 Se verá cómo no es éste el único, ni tal vez el más importante aspecto bajo el cual el recurso constitucional alemán —como por otra parte también el suizo, cuando es dirigido contra actos jurisdiccionales (se recuerda, en efecto que también el “recurso de Derecho Público” suizo tiene eficacia casatoria)— deroga a los principios de la cosa juzgada (cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit, p. 262).

de marzo de 1953, número 87, que contiene las disposiciones sobre la integración y sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional, y en el cual se establece precisamente que: "Cuando ha sido pronunciada sentencia irrevocable de condena, aplicando un precepto declarado inconstitucional (por resolución de la Corte Constitucional), cesan su ejecución y todos sus efectos penales"³³⁵.

El parágrafo 79 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, contiene en verdad varias disposiciones. La primera establece fundamentalmente la revisión del juicio, de acuerdo con las normas que en la *Strafprozessordnung* (Ordenanza Procesal Penal) regulan la institución de la *Wiederaufnahme* (revisión), en todo caso en que una sentencia penal de condena, con categoría de cosa juzgada, esté fundada en un precepto legal declarado posteriormente inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht*³³⁶. Para todo otro caso, con

335 Ver sobre esta norma y su carácter absolutamente excepcional, así como también acerca de las críticas relativas a su insuficiencia, CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, op. cit., pp. 90 y ss. Nada dispone el artículo 30, inciso 4 ni algún otro precepto en relación a los efectos civiles, entre los cuales deben incluirse, por ejemplo, los relativos a la interdicción legal derivada *ipso jure* de condenas penales de cierta gravedad, ni a propósito de los efectos administrativos —piénsese en la medida de seguridad, o el confinamiento— que eventualmente puede tomarse contra el reo. Más completa y más eficaz es también a este respecto, preciso es decirlo, la reglamentación alemana.

336 Parágrafo 79, inciso 1: *Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer gemäss Paragraph 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den*

excepción de lo que se dirá a continuación respecto al párrafo 95, inciso 2 de la Ley y con la salvedad que está eventualmente establecida en diversa disposición, el citado párrafo 79, en su primer párrafo, que las resoluciones jurisdiccionales o administrativas, que no puedan ser objeto de impugnación y se apoyen en una norma legal posteriormente declarada *für nichtig* (nula) a causa de su inconstitucionalidad permanecen inalteradas, no obstante lo cual no pueden ser ejecutadas³³⁷.

Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig. (Contra una sentencia penal con autoridad de cosa juzgada que se apoye en una norma declarada nula conforme al párrafo 78, es admisible el recurso de revisión (indulto necesario), según las disposiciones del Código Procesal Penal). (El párrafo 78 se refiere a otros casos en los cuales —fuera del proceso por *Verfassungsbeschwerde*— el Tribunal Constitucional está investido de la función de declarar la ilegitimidad constitucional de leyes locales o federales contrarias a la Constitución Federal, o bien también la ilegitimidad de leyes locales contrarias a leyes ordinarias federales).

- 337 Párrafo 79, párrafos 1 y 2 del inciso 2: *Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift der Par. 95 Abs. 2 ober einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen die auf einer gemäss Par. 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig.* (En los demás casos, salvo lo dispuesto por el párrafo 95, inciso 2, o por alguna regulación legal especial, no sufren variación las sentencias ya inimpugnables que descansan en una norma declarada nula conforme al párrafo 78. La ejecución de tales sentencias es inadmisibles). (Por *Entscheidung* se entiende aquí tanto una decisión jurisdiccional como administrativa; ver *infra*, nota 343). Sobre la inadmisibilidad de la *Wiederaufnahme* en los casos en los cuales la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada, y está apoyada sobre un precepto legal declarado inconstitucio-

El mismo primer párrafo del párrafo 79, prosigue disponiendo que, en los casos en los cuales la ejecución forzada deba realizarse en las formas prescritas por las normas de la *Zivilprozessordnung* (Ordenanza Procesal Civil), es aplicable el párrafo 767 de la misma ZPO; en otros términos, puede el deudor intentar la llamada *Vollstreckungsgegenklage* (oposición a la ejecución) reglamentada por el mencionado párrafo 767³³⁸. Termina el párrafo 79 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, estableciendo que son de excluirse, en todo caso, las pretensiones que se apoyen sobre enriquecimiento indebido³³⁹; disposición esta última, que debe estimarse comprendida dentro del principio más amplio derivado del sistema normativo relativo a los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, y que por otra parte, según se ha visto, está relacionado con la naturaleza misma de los derechos fundamentales³⁴⁰; este principio determina que no es posible, por medio de la *Verfassungsbeschwerde*, per-

nal por el Tribunal Constitucional Federal o por un Tribunal Regional Constitucional, cuando dicho fallo tiene carácter civil, ver ROSENBERG, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 6, Munich, 1954, p. 729, con citas de jurisprudencia.

338 Párrafo 79, inciso 2, párrafo 3: *Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des Par. 767 der Zivilprozessordnung entsprechend.* (Siempre que la ejecución forzosa haya de desenvolverse conforme al Código Procesal Civil, regíralo dispuesto por el párrafo 767 del mismo).

339 Párrafo 79, párrafo 4 del inciso 3: *Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.* (Quedan excluidas las pretensiones relativas a enriquecimiento injusto).

340 Ver *supra*, n. 1. Para el ordenamiento suizo, *supra*, n. 7.

seguirse la obtención de un resarcimiento del daño o el reconocimiento de una pretensión por enriquecimiento indebido o de cualquier otro bien satisfactorio sólo en forma indirecta³⁴¹.

Por consecuencia, únicamente puede exigirse, en la forma ya mencionada y en las que se expresarán con posterioridad, y en cuanto sea posible, el respeto a la integridad e intangibilidad del único bien que constituye el objeto del *Grundrecht* que se estima violado, pero por el contrario, no puede hacerse valer la exigencia a la prestación de un equivalente. Es también por esto que, en relación al recurso constitucional, las sentencias del Tribunal de Karlsruhe tienen siempre como se ha visto y se verá más adelante, naturaleza declarativa y constitutiva, pero nunca de condena³⁴².

341 Cfr. GEIGER, *Kommentar*, op. cit., p. 296, LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., p. 264; en tal sentido también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. por ejemplo, la decisión del 27 de septiembre de 1951 de la Primera Sala, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, op. cit., I, p. 3).

342 La condena (como también cualquiera constitución de una obligación de hacer) parece excluida hasta cuando esté dirigida a la persecución del interés mismo, que está en la base del derecho fundamental; como por ejemplo, una condena al cumplimiento del acto obligatorio, inconstitucionalmente omitido por la autoridad. Sin embargo aquí podrá estimarse que existe una laguna de la ley alemana respecto de los efectos de la institución examinada. ¿En qué se traduce la tutela del ciudadano lesionado por un *comportamiento omisivo*? Excluida la condena a un cumplimiento o a una reparación, ya que a tal situación no puede aplicarse el parágrafo 95, inciso 2, que como se verá se refiere únicamente a actos, pero nunca a las omisiones; restaría sólo la posibilidad de obtener una simple

36. Agotado de esta manera el examen de los efectos de las decisiones del *Bundesverfassungsgericht* frente a los actos legislativos, queda ahora completar el estudio en relación a su eficacia respecto a los actos jurisdiccionales y administrativos. Las disposiciones esenciales sobre esta materia están contenidas en el párrafo 95, inciso 2 de la Ley. Desde luego se observa que tal eficacia no es solamente *declarativa* sino también *constitutiva*: "Si un recurso constitucional contra un acto administrativo o jurisdiccional es acogido —dispone la ley— el Tribunal Constitucional Federal deberá *anular* el propio acto y remitir la causa a un tribunal competente, en los casos a que se refiere el párrafo 90, inciso 2, párrafo 1"³⁴³.

declaración (ex par. 95, inciso 1), que no tiene verdadera eficacia. Verdad es que también los fallos ex par. 95, inciso 1 adquieren la *bindende Wirkung* a que se refiere el párrafo 31, y les es además aplicable el párrafo 35; pero no se puede precisar el comportamiento a que puede obligar una simple aclaración. Se advierte que también la *eficacia vinculante* y la *obligación de ejecución*, reglamentados por dichos párrafos 31, inciso 1, y 35, no implican enteramente, en las decisiones del Tribunal Constitucional, el carácter de condena; antes al contrario esta última obligación (de ejecución) sólo puede tener lugar, con apoyo en los preceptos que reglamentan la *Verfassungsbeschwerde*, a propósito de las providencias cautelares y respecto al proceso mencionado anteriormente (*supra*, n. 31), así como en relación con cualquier otra providencia de carácter accesorio, como la condena al pago de la multa de que se ha hablado, *supra*, en nota 298). Ver LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., pp. 191 y ss.

343 Par. 95, inciso 29: *Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des Par. 90 Abs. 2 Satz*

Es aquí donde verdaderamente se advierte con mayor profundidad el alcance de la institución, si se piensa que las *Entscheidungen* (decisiones) a que se refiere esta disposición, cuando son resoluciones jurisdiccionales, normalmente tienen categoría de cosa juzgada³⁴⁴, pudiendo ser anuladas por el Tribunal Federal con efectos (ante todo) *inter partes*, con motivo de la interposición de un recurso que no significa la continuación del proceso precedente, porque no tiene lugar entre las mismas partes ni somete al juez a un *petitum* y a una *causa petendi* iguales a las del juicio en el que tiene su origen³⁴⁵.

1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück. Con la palabra Entscheidung se entienden tanto Verwaltungsakte (actos administrativos, es decir, Verwaltungsentscheidungen), como gerichtliche Entscheidungen (resoluciones judiciales). (LECHNER, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, op. cit., p. 275; GEIGER, Kommentar, op. cit., p. 293).

344 Presupuesto para acudir al Tribunal Constitucional mediante la *Verfassungsbeschwerde* es, en efecto, como sabemos, el agotamiento del *Rechtsweg*. Que posteriormente la sentencia se declare ejecutoriada, no obstante la proponibilidad de la *Verfassungsbeschwerde* se admite pacíficamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia alemanas (arg. también *ex par.* 79, inciso 1 de la Ley), de lo cual se concluye que el recurso constitucional no es un *ordentliches Rechtsmittel* (recurso ordinario) (*supra*, nota 208, con relación al ordenamiento bávaro); ver para todo POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, p. 25; WIECZOREK B., "Zur formellen Rechtskraft der Entscheidungen, insbesondere in ihrer Bedeutung, für Rechtskraftatteste und für Verfassungsbeschwerden", en *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, pp. 6 y ss.

345 El proceso ante el Tribunal Federal Constitucional no puede en manera alguna considerarse como una fase ulterior o instancia del juicio precedente, o bien como superrevisión o

supercasación (GEIGER, *Kommentar, op. cit.*, p. 280; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, op. cit.*, p. 264; cfr. también POHLE, *Bemerkungen, op. cit.*, p. 24; en jurisprudencia; ver por ejemplo, la decisión de 11 de octubre de 1951 del Tribunal Federal Constitucional, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, op. cit.*, I, p. 9). De modo que si por impugnación (contra sentencia) se entiende el acta que da lugar a la "renovación del procedimiento" (CARNELUTTI, *Istituzioni, op. cit.*, II, p. 127), la *Beschwerde* constitucional no puede, en tal sentido, considerarse como acto de impugnación.

Bajo este punto de vista no puede la institución de la *Verfassungsbeschwerde* asimilarse ni siquiera a la *Wiederaufnahme* alemana (revisión) porque ésta da lugar a una nueva fase —aunque sea extraordinaria— del viejo proceso (cfr. para todo a SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts, op. cit.*, p. 382, sub I, 1), y deberá por el contrario hablarse del ejercicio de una verdadera y propia "acción impugnativa." (*Anfechtungsklage* y no *Rechtsmittel*, en el sentido indicado por CALAMANDREI, "Vizi della sentenza e mezzi di gravame", en *Studi sul processo civile*, I, Padua, 1930, pp. 167 y ss., especialmente en las páginas pp. 185 y ss., 191 y ss., 200 y ss.), ejercicio autónomo y no "en vía de impugnación" (CALAMANDREI, "Sopravvivenza della querela di nullità", en *Riv. dir. proc.*, 1951, pp. 112 y ss.; en la terminología carnелutiana se podría hablar de invalidación no absorbida por la impugnación: *Teoria gen. del diritto, op. cit.*, pp. 348 y 342; *Istituzioni, op. cit.*, I, pp. 377 y ss.).

Por el contrario, sería impropio hablar de una *actio nullitatis* (sobre este concepto, ver CALAMANDREI, *Sopravvivenza, op. cit.*, pp. 114 y 116 y ss.), porque en nuestro caso existe la anulabilidad, no la declaración de la nulidad absoluta (*rectius*, inexistencia, *Nichtigkeit*) de la sentencia inconstitucional. Se hablará, por tanto, de anulabilidad de las sentencias (y de los actos administrativos y políticos) lesivos de derechos fundamentales, y por el contrario, de nulidad de las leyes —*supra*, n. 34—; extraña divergencia, en verdad, y que no puede explicarse claramente desde el punto de vista teórico.

Es este caso en el cual el ordenamiento reconoce la prevalencia, sobre la necesidad de certeza que satisface la cosa juzgada, de otra exigencia, la de la libertad del hombre; pero si esta situación es bien comprensible en un ordenamiento liberal en el cual

Se advierte además con extrañeza, que tanto la "acción impugnativa" (contra sentencias) como la *actio nullitatis* (contra leyes) están sometidas al breve término preclusivo, del cual se ha hablado, como si fueran verdaderos y propios medios de impugnación más bien que acciones autónomas. Sobre esta materia puede verse una explicación parcial (porque está limitada a la "acción impugnativa") en CALAMANDREI, "Vizi della sentenza", *op. cit.*, pp. 204 y ss., dado que es evidente la posibilidad de limitar en el tiempo una acción dirigida a anular una sentencia existente, con el fin de no dejar perpetuamente en suspenso una situación jurídica, en tanto que es absurda e inexplicable la disposición de que se trata, en relación con las leyes, respecto a las cuales la *Verfassungsbeschwerde* se limita a declarar *lo que ya es*, así que la negativa de la acción "tendría el efecto de impedir la certidumbre sobre el verdadero estado en que se encuentra el mundo del derecho, pero no tendría ninguna repercusión sobre el propio mundo jurídico, que permanecería sustancialmente inmutable" (CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 205); y es tanto más inexplicable si se piensa que las leyes, por el contrario, podrán estar sujetas en todo tiempo al control de la constitucionalidad por virtud del ejercicio de la *Richterklage* (artículo 100, inciso 1 de la Constitución), que está también dirigida a la declaración de la *Nichtigkeit* por ilegitimidad constitucional (parágrafos 80-82 de la *Ley sobre el Bundesverfassungsgericht*). Esta dificultad teórico-sistemática podrá tal vez evitarse si, contra el tenor literal de la ley, se hablase de una anulabilidad con efectos *erga omnes* y *retroactivos*, de la ley inconstitucional; cfr. sobre estos conceptos a KELSEN, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *op. cit.*, pp. 51 y ss. y 85); ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, especialmente en las páginas 271 y ss.

tiene preeminencia el concepto del Estado (y por tanto del Derecho) como instrumento del individuo, lo que me parece digno de destacar, es el medio original por el cual se realiza dicha exigencia. Dicho medio consiste en sobreponer a los procesos ordinarios —civiles, penales y administrativos— un proceso constitucional posterior, de carácter autónomo, con una sola parte, de tipo inquisitorio, ya que en este proceso constitucional, el juicio se desvincula de los *allegata et probata* (no de los *petita*) de las partes, y está destinado asimismo a realizar un control de legitimidad constitucional sobre aquellos procesos, así como de las sentencias que les pongan fin, con efectos eventualmente casatorios³⁴⁶.

37. En el caso de que la *Verfassungsbeschwerde* tenga por objeto un acto administrativo confirmado por sentencia también administrativa, la eficacia

346 Sobre la *Kassationsbefugnis*, potestad de casación concedida al Tribunal Constitucional Federal (a diferencia del bávaro: *supra*, n. 20), por el párrafo 95, inciso 2 de la ley, cfr. POHLE, *Bemerkungen*. *op. cit.*, p. 25; GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 294; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 274; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde*, *op. cit.*, p. 212.

Sobre la naturaleza (más cercana a los procesos penal y administrativo, que al civil dispositivo) del proceso para el control de la legitimidad constitucional de las leyes ante la Corte Constitucional italiana, cfr. CALAMANBREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, *op. cit.*, pp. 80 y ss., quien hace un comentario de los artículos 15 y ss. de la Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87.

anulatoria obra principalmente sobre el primero³⁴⁷, en tanto que la segunda permanece *gegenstandlos*, es decir, privada de objeto. Si por el contrario la violación del *Grundrecht* (u otro derecho constitucional equiparado) se deriva directamente de una resolución jurisdiccional (de cualquier naturaleza, es decir, civil, penal o administrativa), en tal caso puede ocurrir que el Tribunal Constitucional no se limite a casar la resolución misma, sino que careciendo de la potestad de decidir también sobre el fondo, remita los autos a otro juez, para un nuevo conocimiento de la causa (originaria)³⁴⁸. Esta situación se presenta solamente cuando la *Verfassungsbeschwerde* ha sido propuesta después del agotamiento del *Rechtsweg* (vía jurisdiccional)³⁴⁹, y en tal caso el reenvío será hecho "al juez competente", que puede ser el mismo cuya decisión ha sido anulada, pero también puede serlo otro juzgador, cuando el juez del conocimiento hubiese afirmado erróneamente la competencia de los jueces ordinarios frente a los administrativos³⁵⁰, y excepcionalmente también

347 POHLE, *Bemerkungen*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 275; GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 295.

348 Cfr. GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 295, quien acertadamente advierte la imprecisión técnica del tenor literal del último *Halbsatz* del párrafo 95, inciso 2, de la ley, el cual no da a entender que el reenvío es necesario solo en el caso de que el acto impugnado y casado, sea una decisión jurisdiccional.

349 *Supra*, n. 26.

350 Algunos autores (GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 295; ZWEIFERT, "Die Verfassungsbeschwerde", *op. cit.*, p. 327; ver también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.* p. 275), sostienen que el párrafo 95, inciso 1, alude sólo a la

de grado inferior (así por ejemplo, en la hipótesis de que el *Rechtsweg* se agote hasta la fase de revisión, en cuyo supuesto la remisión será hecha a un tribunal que tenga la potestad de decidir también sobre el fondo, y siempre que la lesión del derecho fundamental tenga su origen en dicho juicio sobre el fondo³⁵¹. Pero en los casos en que por el contrario, por virtud de la excepción admitida en el párrafo 90, inciso 2, párrafo 2 de la Ley³⁵², de que el *Rechtsweg* no haya sido agotado, el proceso volverá a tomar “automáticamente” su curso, por el solo hecho de la casación constitucional, ante el Tribunal cuya resolución ha sido anulada, sin necesidad de expreso reenvío³⁵³.

38. No es preciso advertir, que tampoco este último aspecto estructural de la “justicia constitucional de la libertad” puede encuadrarse dentro de los esquemas clásicos de las doctrinas procesales; ya que en efecto, el procedimiento constitucional que es totalmente autónomo, como se ha visto, tanto en su aspecto objetivo (*petitum, causa petendi*), como por el subjetivo (*persone*) frente al precedente proceso civil, penal o administrativo, es no solo susceptible de producir la casación de la resolución impugnada con eficacia (fundamentalmente) entre las partes de la causa ori-

competencia por materia, no por territorio, y que el Tribunal Federal Constitucional es, por tanto, libre en la elección de uno cualquiera, entre los jueces competentes por materia.

351 ZWEIGERT, *op. loc. ult. cit.*; LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, p. 276.

352 *Ver supra*, n. 26.

353 ZWEIGERT, *op. loc. ult. cit.*, LECHNER, *op. loc. ult. cit.*

ginaria³⁵⁴, no obstante que la resolución anulada sea definitiva y con categoría de cosa juzgada, sino que además implica la reposición del conocimiento, en forma automática o por reenvío expreso³⁵⁵.

Y esta no es, como se ha visto en el estudio hasta ahora realizado, sino una de las muchas peculiaridades del proceso constitucional —debe recordarse especialmente la estructura “con una sola parte”³⁵⁶, la gratuidad del mismo proceso³⁵⁷, la prevalencia del principio de la investigación oficial de la verdad, además de otras modalidades esenciales relativas a los poderes discre-

354 Esto distingue a la *Verfassungsbeschwerde* del proceso instaurado mediante el “recurso en interés de la ley”, que reglamenta el artículo 363 de nuestro Código Procesal Civil, en el cual es única parte el Procurador General ante la Corte de Casación, y en el que la sentencia de acogimiento (casación) no tendrá eficacia respecto a las partes originarias. Ver para todo a RIDENTI, *Diritto processuale civile*, 2, II, Milán, 1953, p. 446.

355 Tal parece que bajo este aspecto, el recurso constitucional debe aproximarse a un verdadero y propio medio de impugnación (limitado a la fase rescisoria) y no a una autónoma “acción impugnativa”; ver *supra*, nota 345.

356 *Supra*, n. 27; ver también los números 5 y 18.

Esta unicidad de parte no encuentra correspondencia ni siquiera en el proceso penal moderno, que no siendo ya inquisitorio, sino acusatorio, es proceso con dos partes: cfr. por ejemplo, CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, *op. cit.*, p. 85.

357 Ver *supra*, nota 298, así como los números 13 y 18. También para los procedimientos ante la Corte Constitucional italiana, dispone el artículo 21 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, que: “los actos (...) están exentos de impuestos de toda especie”.

357^{bis} Ver *supra*, nn. 26 y 31.

cionales, de urgencia y cautelares que se atribuyen al juez constitucional^{357 bis} y en relación a los efectos, frecuentemente generales, del acogimiento del recurso— que se derivan de la relación deducida en juicio y contribuyen a conformar la naturaleza, o sea, la estructura y las funciones típicas y unitarias de la que he denominado “jurisdicción constitucional de la libertad”. En cuanto al carácter gratuito del procedimiento y su sistema inquisitorio, son modalidades que constituyen la consecuencia del carácter ultra individual y “fundamental” del bien que se encuentra en la base de los derechos de libertad (*supra*, número 1) y cuya tutela, que es de interés general, no obstante que inicialmente se confie al individuo, como una facultad propia (*Beschwerderecht*), no puede ser obstaculizada por simples razones económicas o formales; y lo mismo dicese en cuanto a la oportunidad y eficacia de las decisiones del juez constitucional, cuyos efectos deberán con frecuencia, no solo trascender necesariamente a los individuos que, con su demanda (*Beschwerde*) hayan realizado la que puede tal vez considerarse como una simple condición de procedibilidad, similar a la querrela en el proceso penal³⁵⁸, sino que además debe desvincularse de ciertos principios que, como los relativos a la cosa juzgada, se han establecido para la salvaguarda de exigencias (la certeza de las relaciones jurídicas, la necesidad de evitar que los procesos sean *paene inmortales*, etc.) sobre las cuales deben prevalecer, los lineamientos que se consideran “fundamentales”.

358 Sobre la querrela como acto del cual depende la iniciación del proceso penal, cfr. CARNELUTTI, “Structtura della querrela”, en *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 1.

Si se hace el intento, por otra parte, de concebir, como creo necesario, al derecho subjetivo fundamental, como un poder de la voluntad atribuido al individuo, y al cual están sometidos, no ya el Estado entendido como persona jurídica,³⁵⁹ sino los sujetos singulares

359 Sobre la inadmisibilidad de poderes y de deberes del Estado entendido como una persona hipotética, así como lo erróneo de una concepción del Estado y en general de las llamadas personas jurídicas y sobre la inadmisibilidad, por tanto, de una responsabilidad del Estado por incumplimiento de obligaciones, cfr. para todo a KELSEN, *Teoria gen. del dir. e dello Stato*, op. cit., pp. 94-110, y 185 y ss., especialmente en las páginas 195 y ss., y 201 y ss.; así como FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, op. cit., p. 883. Justamente enseña KELSEN, que como los actos no pueden ser más que actos de individuos particulares, así los poderes y los deberes, que precisamente se refieren a los actos, no pueden atribuirse más que al hombre; y que el problema del Estado no es otra cosa que un problema de *imputación* al Estado de determinados comportamientos, los cuales, siendo adoptados en determinadas condiciones por individuos designados por el ordenamiento como "órganos" del Estado, son considerados por la norma como conducta del Estado; esto, que no ocurre sino cuando el órgano actúa *según la norma*, dado que un individuo es un órgano (en particular, un funcionario) del Estado, sólo en cuanto su comportamiento se conforma a las normas jurídicas que determinan la función (...). La imputación al Estado no se refiere a las acciones y a las omisiones que revisten el carácter de ilícitas".

CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, op. cit., pp. 118 y ss., establece por el contrario, dos conceptos de Estado (Estado-ordenamiento y Estado-persona) —uniéndose así a la teoría actualmente dominante en la ciencia del Derecho Público italiano, y que ha sido sostenida en Alemania, por ejemplo, por HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübinga, 1921, p. 72, que distingue entre *Staatsgewalt* y *Rechtsordnung*— y

(órganos)^{359 bis}, que actúan por el mismo Estado; poder de la voluntad y sujeción que tienen por objeto un bien —la libertad individual, así como varios momentos o aspectos “fundamentales” de ésta— que no sólo es propio del individuo, puesto que su afirmación y protección han sido considerados por el Estado, o más propiamente, por el ordenamiento estatal, como de importancia esencial, en un determinado momento histórico, para su propia existencia. En virtud de esta naturaleza de su objeto, me parece indudable que el derecho fundamental, aun para quien considere al Estado como “persona”, no puede estimarse *dirigido contra el Estado*, por que precisamente, en la relación jurídica, de la cual el derecho es el aspecto positivo, no se afirma

resuelve de este modo las dificultades de la llamada “teoría de la autolimitación” (sobre la cual, ver para todo a PIERANDREI, *I diritti subbietivi pubblici*, op. cit., pp. 77 y ss., 82 y ss.). Sin embargo, para ser consecuente, la doctrina carnелutiana debe configurar no uno, sino múltiples conceptos de Estado-persona (de una contraposición entre Estado legislador y Estado administrador habla el mismo Carnelutti); pero queriendo continuar la distinción, dentro de la pretendida unidad del Estado de una multiplicidad de personas (diversas, tanto para que aparezca concebible la subsistencia entre ellas de relaciones jurídicas, como para que a cada una de ellas pueda atribuirse una serie de distintas relaciones con terceros), se tiene la impresión de que en último análisis se volverá, a la persona de los individuos que actúan por el Estado (o sea, precisamente la teoría acogida en el texto). Sobre este punto de vista, aparece, por otra parte, la concepción carnелutiana del derecho de acción, entendido como derecho, no hacia el Estado, sino hacia el juez (*Istituzioni*, op. cit., I, n. 206).

^{359 bis}El término es usado en la acepción kelseniana. (*Teoria gen. del dir. e dello Stato*, op. cit., pp. 195 y ss.). Ver la nota precedente.

el predominio de un interés privado o individual sobre el interés público o estatal, sino la prevalencia de un interés que es por una parte (inmediatamente) propio del particular y por otra (mediatamente, pero no por ello en forma menos inderogable) *del Estado (publice interest)*. El derecho fundamental, si es violado, ocasionará, por tanto, la responsabilidad, no del Estado, sino de quien haya usurpado su nombre, del órgano que haya obrado contra el propio Estado, o sea, en sentido contrario a los imperativos supremos y esenciales del Estado mismo; por consecuencia, el Estado no se "imputa" a sí propio ese acto lesivo (y por eso, al lado de una *obligación*, se impone al órgano relativo, una *carga*), o sea, que se configura la relación jurídica fundamental simultáneamente como relación-obligación y como relación carga, haciéndose consistir esta última en la *necesidad* del órgano de adecuarse al mandamiento, a fin de evitar que se produzca, además de su propia responsabilidad, la no *imputabilidad* al Estado, —y por tanto, la irregularidad del acto— con efectos variantes de la nulidad a la anulabilidad, desaplicación, etc.

En consecuencia, frente a un acto infractor de las libertades constitucionales, es posible, teóricamente, concebir dos tipos de jurisdicción totalmente diversos: una jurisdicción *contenciosa*, con un proceso de estructura bilateral, en el cual el particular actúa para hacer aplicar ciertas sanciones en contra de la que podría denominarse (y así se califica, por ejemplo, en el proceso constitucional mexicano) la autoridad responsable, la que puede ser demandada en juicio por aquel que pretenda que dicha autoridad sea declarada responsable,

con motivo de un acto constitucionalmente ilícito, y provocar, consecuentemente, su condena, etc.; o bien un tipo de jurisdicción voluntaria, a la que falta la función de componer un conflicto de intereses existentes entre dos o más partes, sino dirigida, por el contrario, al conocimiento de la irregularidad del acto, para prevenir en esta forma, los conflictos políticos y sociales (entre ellos el derecho de rebelión)³⁶⁰, cuya amenaza radicaría precisamente en el hecho de que los órganos públicos hubieran usado inconstitucionalmente de sus propios poderes.

A mi modo de ver, no puede menos que considerarse que el primer tipo de jurisdicción (contenciosa), es inadecuada por sí sola³⁶¹; y a esta conclusión nos lleva de nueva cuenta el carácter “fundamental” y por tanto infungible e insustituible del bien, que por medio del derecho deducido en juicio, se garantiza en favor del individuo. Dicho bien, una vez lesionado, difícilmente podrá ser reafirmado y tutelado eficazmente mediante una resolución declarativa o de condena, o por otras determinaciones sancionatorias, dirigidas únicamente contra la autoridad que lo haya infringido, ya que es evidente que en el proceso constitucional de la libertad, se deberán controvertir cuestiones y tutelar intereses que trascienden a la propia autoridad, pero en cambio, es posible que el afectado u otras personas promuevan contra la repetida autoridad, la aplicación de sanciones a través de una vía diversa —penal, civil o administrativa—, no siendo exacto, por otra parte, que por este medio y

360 Ver *supra*, nota 329, e *infra*, nota 407.

361 Así KELSEN, como se ha expresado *supra*, en la nota 321.

solo por él, el individuo pueda perseguir eficazmente la satisfacción *directa* de su "interés fundamental".

Con el segundo tipo de jurisdicción, por el contrario, este objetivo se podrá lograr más adecuadamente, toda vez que la acción es ejercitada (la demanda propuesta) no contra *alguien en especial* y por tanto, el procedimiento no tiene estructura bilateral, sino que constituye el medio para solicitar a un juez especial, con una posición y facultades muy peculiares, que efectúe las modificaciones del mundo jurídico, que por su oportunidad, alcance y eficacia, sean idóneas para satisfacer de la mejor manera, una exigencia que al mismo tiempo que es propia del recurrente, también tiene carácter público, y de aquí la facultad que tienen los órganos del Estado para intervenir en el proceso (intervención que no tiene, como se ha visto, carácter obligatorio), y que no necesariamente deben ser los mismos que hayan emitido el acto impugnado, ni la autoridad jerárquicamente superior, y ni siquiera (como en el caso del recurso contra actos jurisdiccionales) pertenecientes al mismo "poder"; órganos que (al igual de ciertos "terceros no interesados" de los cuales se ha hablado) intervendrán, no para proponer demandas, sino únicamente para exponer y probar hechos y razonamientos, en una palabra, para hacerse "oír", y por ello podrán defender, si lo creen conveniente, la legitimidad constitucional del acto impugnado, pero también pueden asumir una posición favorable al recurrente mismo, porque el bien que debe protegerse es el mismo para ellos y para el

individuo particular, por lo que no existe "lite" entre ellos y el propio particular³⁶².

En el proceso voluntario, la autoridad *responsable* no estará jamás presente como tal y no podrá dictarse en su contra, como se ha visto en las instituciones hasta aquí estudiadas, una sentencia de condena y declarativa de responsabilidad, resolución esta última que no solo podrá en muchos casos, ser políticamente peligrosa, sino que además, no podría conciliarse con la irresponsabilidad constitucional de algunos órganos, tales como el Jefe de Estado, y, dentro de ciertos límites, los integrantes de las Cámaras, etc.³⁶³, sino que se estará, por el contrario, en uno de estos casos, señalados también por KELSEN, de *transferencia* del deber de un órgano, que ha permanecido incumplido,

362 Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, op. cit., I, I, nn. 4 y ss., 18 y ss.; REDENTI, *Diritto processuale civ.*, op. cit., I, nn. 2 y 7; sobre el "principio de unilateralidad" en el proceso voluntario —opuesto al de "contradictorio" en el proceso contencioso—, cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, III, 908, p. 177; REDENTI, *Diritto processuale civ.*, op. cit., I, n. 22, y III, n. 248; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milán, 1942, p. 17; SATTA, *Diritto Processuale civile*, 4, Padua, 1954, p. 591.

Ni siquiera el proceso que se desenvuelve ante nuestra Corte Constitucional para el control sobre la legitimidad constitucional de las leyes, es un proceso de partes, porque también en él los órganos públicos especificados por la ley "pueden", pero no están obligados a intervenir, con el objeto de "presentar sus deducciones". Cfr. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, op. cit., pp. 84 y ss.

363 Cfr. JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, traducción italiana de PETROZZIELLO M., con *Introduzione* de ORLANDO, V.E., Milán, 1949, p. 306.

en la obligación de otros órganos no responsables³⁶⁴, transferencia que en nuestro caso será realizada en parte por el acto-demanda del individuo, y por el otro, por las resoluciones provisionales y definitivas emitidas por el juez constitucional. Estas determinaciones podrán clasificarse entre las *constitutivas necesarias*, porque la ley quiere que solo el juez constitucional, por las garantías que ofrece, tenga la potestad de declarar la subsistencia de los presupuestos y de los requisitos necesarios para que pueda procederse a realizar las modificaciones jurídicas que la ley permite frente a

364 Kelsen, en *Teoria gen. del diritto e dello Stato.*, op. cit., p. 204, escribe precisamente que: "Si bien es cierto que ningún acto ilícito en el ámbito del derecho estatal (diversamente en el campo del Derecho Internacional) puede ser imputado al Estado, el mismo puede ser, sin embargo, obligado a reparar la ofensa consistente en su falta de cumplimiento de una obligación. Esto significa que un órgano del Estado está obligado a anular el acto ilegal realizado por un individuo, el cual, como órgano del Estado, estaba obligado a cumplir la obligación del Estado, pero que no lo ha hecho, y debe castigar tal individuo, resarciendo con el patrimonio estatal, el daño ilícitamente causado. La violación de esta obligación significa también una sanción directa contra el individuo, el cual, como órgano del Estado debe cumplir tal obligación estatal; no obstante, la sanción no es directa contra el Estado. No se puede concebir la idea que el Estado exija una sanción contra sí mismo." Y posteriormente, en la p. 205, explica Kelsen que cuando un órgano del Estado haya violado un derecho del particular: "el proceso (instaurado por el particular mismo) no debe necesariamente significar una sanción frente al órgano del Estado directamente responsable por el incumplimiento de la obligación. Si el derecho es violado por un acto ilícito del órgano, el objeto del proceso puede ser la anulabilidad del acto en cuestión (...)".

los actos y a las situaciones contrarias a los principios de libertad. De tal manera que puede decirse que dichas resoluciones no consisten en la aplicación de sanciones, sino —para parafrasear (sin aceptarla) una vieja definición— en una especie de administración pública de las libertades individuales³⁶⁵.

Es ésta una intuición antigua, que puede verse afirmada, en términos suficientemente claros aunque no del todo exactos, en un importante fallo de la asamblea plenaria del Tribunal de Karlsruhe (8 de diciembre de 1952, publicada en la "Compilación Oficial", II, p. 79), sentencia en la cual se han establecido algunos principios de los que pueden desprenderse consecuencias sobre la reglamentación formal del proceso: "Aun cuando el Tribunal Constitucional Federal juzga sobre la violación de derechos o sobre la afirmación de obligaciones —han dicho los jueces de Karlsruhe—,

365 Que se trata de providencias jurisdiccionales, no administrativas, se deduce de cuanto se ha dicho *supra*, en la nota 327 (en la cual se excluye que tengan la naturaleza de resoluciones sustancialmente legislativas); por la circunstancia de que las mismas no son emitidas por virtud de un régimen de "autonomía" (*inter partes*) así como no lo son ni siquiera en régimen de "soberanía absoluta" o "heteronomía" (*super partes*), sino en el régimen de "soberanía vinculada". Se trata en efecto de mandamientos (individuales o generales, que no obstante ser pronunciados *super partes* por un tercero (juez), lo son sin embargo, sólo en cuanto la parte los haya solicitado, proponiendo sus razones. Cfr. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, *op. cit.*, p. 52, y ss., especialmente en las p. 58 y ss.; sobre la regla "*wo kein Kläger ist, da ist kein Richter*", cfr. también a CARNACINI, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", *op. cit.*, p. 717. Traducción española citada en la nota 298.

tal función está menos al servicio de quien persigue en juicio la satisfacción del propio derecho, que de la objetiva exigencia de tutela de norma constitucional (...). El Tribunal debe por tanto, aclarar la significación de los principios constitucionales, y no componer la lite (*den Streit beenden*) de las partes, por medio de un fallo susceptible de dar lugar a la ejecución forzada.”

39. Una última disposición, que por otra parte adolece de imperfecciones, se refiere a la eficacia preclusiva de la decisión (de acogimiento o de rechazo) del recurso constitucional, prescribiendo una limitada aplicación de la regla de *ne bis in idem*; y es la contenida en el párrafo 41, al que se remite el diverso párrafo 96 de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, según la cual, una vez que el Tribunal Constitucional Federal haya decidido *sobre el fondo* de un recurso, “una nueva demanda dirigida contra el mismo adversario podrá ser repetida solo en el caso de que se apoye sobre nuevas circunstancias de hecho”³⁶⁶. Es criticable, al menos desde un punto de vista formal, esta remisión al párrafo 41, en virtud de que el mismo está formulado en relación a un tipo absolutamente diverso de proceso constitucional, y por tanto habla de un *Antragsgegner* (adversario), que no existe, por el contrario, en el proceso constitucional de la libertad, en el cual solo

³⁶⁶ Párrafo 96: *Die Vorschrift des Par. 41 gilt entsprechend*; párrafo 41: *Hat das Bundesverfassungsgericht über einen Antrag sachlich entschieden, so kann er gegen denselben Antragsgegner nur wiederholt werden, wenn er auf neue Tatsachen gestützt wird*. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., pp. 199 y 276. Para la disposición análoga que existe en el Derecho bávaro, ver *supra*, n. 19. Ver también la nota 322.

hay (necesariamente) un recurrente, y eventualmente uno o más “terceros” (“interesados” o “no interesados” en el proceso) (*supra*, número 27). La dificultad es superada, sin embargo, por la doctrina, la que estima que debe referirse al objeto (“contra el mismo acto de autoridad”) lo que indebidamente se expresa respecto a un inexistente sujeto procesal (“contra el mismo adversario”)³⁶⁷.

El párrafo 96 de la Ley, constituye, por otra parte, una confirmación posterior y más radical del principio inquisitorio y de los otros principios hace poco relacionados y que rigen el proceso de que se trata; por *neue Tatsachen* (nuevos hechos), al parecer debe entenderse (si bien la doctrina y la jurisprudencia no sean aún precisas sobre este punto), no ya las solas circunstancias de hecho que tengan carácter superveniente, sino también las subsistentes antes o en el curso del precedente proceso constitucional, y que *por cualquier causa* no hayan sido alegadas por el recurrente en dicho proceso, ni hubiesen sido tomadas en consideración oficiosamente —como habría sido su obligación— por el Tribunal³⁶⁸. Resulta evidente, también aquí, que prevalece sobre toda otra exigencia formal y sustancial, la consideración del carácter “fundamental” del bien que se tutela a través de la justicia constitucional de la libertad.

367 En tal sentido, ver para todo a LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 276.

368 LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, quien no obstante que no toma posición respecto del problema, admite que si se acogiese la tesis más restrictiva, no podría tener nunca aplicación el párrafo 96 de la Ley.

CAPÍTULO V

LINEAMIENTOS DE LA *VERFASSUNGSBESCHWERDE* INTRODUCIDA ÚLTIMAMENTE EN LOS ESTADOS DE RENANIA-PALATINADO Y HESSE

SUMARIO. 40.— Ausencia de precedentes locales. 41.— Los dos tipos de “recurso constitucional” introducidos por la Constitución de Renania-Palatinado de 1947: a) el recurso constitucional proponibile únicamente en vía incidental (contra actos legislativos y administrativos) y b) la *Verfassungsbeschwerde* como recurso proponibile en vía principal contra las resoluciones de socialización. 42.— La *Verfassungsbeschwerde* en la Ley de 12 de diciembre de 1947 sobre el *Staatsgerichtshof* de Hesse; su estructura y efectos.

40. Nuevas instituciones, carentes de tradición histórica propia (a diferencia de la *Verfassungsbeschwerde* bávara), y que por haber sido creadas en la última postguerra —si bien un poco antes que la institución federal— no constituyen importantes precedentes para el citado recurso federal, son los “recursos constitucionales” implantados en los *Länder* alemanes de Renania-Palatinado y

de Hesse³⁶⁹. Pero como también se inspiran en un esquema unitario (el modelo que se ha tenido presente

369 Debe recordarse que la relación entre el recurso constitucional federal y los locales ha sido prevista y regulada por la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*: ver *supra*, n. 28.

Un recurso del tipo previsto por el párrafo 91 de la Ley —sobre el cual, ver *supra*, la nota 241—, ha sido creado por el Derecho Constitucional de Renania Septentrional-Westfalia (párrafo 50 de la *Verfassungsgerichtshofgesetz*, en relación con el artículo 75, n. 4, de la Constitución del 28 de junio de 1950 para el *Land* Renania Septentrional-Westfalia). Cfr. GEIGER, *Kommentar*, *op. cit.*, p. 286, y GELLER, G. y KLEINRAHM, K., *Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Göttingen, 1950, pp. 314 y ss.

La *Richterklage* (ver *supra*, n. 21), dirigida a promover —incidentalmente y a instancia de los órganos judiciales— el control de un órgano supremo constitucional jurisdiccional local sobre la conformidad de las leyes locales con las constituciones estatales, ha sido prevista por varios ordenamientos constitucionales de algunos Estados de la Federación Alemana (cfr. el artículo 92 de la *Verfassung für Württemberg-Baden* de 28 de noviembre de 1946; el artículo 62 de la *Verfassung für Württemberg-Hohenzollern* de 20 de mayo de 1947; el artículo 142 de la *Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen* de 21 de octubre de 1947; el artículo 133, inciso 1 de la *Verfassung des Landes Hessen* de 11 de diciembre de 1946). Las constituciones particulares prevén, además, generalmente, el derecho del individuo interesado de dirigirse a los jueces (estatales) ordinarios o (más frecuentemente) administrativos, contra actos y omisiones ilegítimas —no necesariamente inconstitucionales— de las autoridades administrativas locales (cfr. el artículo 141 de la *Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen*, citada; el artículo 41 de la *Vorläufige Niedersächsische Verfassung* de 13 de abril de 1951; el artículo 74 de la *Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen*, citada; el artículo 124, de la *Verfassung für Rheinland-Pfalz* de 18 de mayo de 1947; el artículo 90, inciso 1 de la *Verfassung für Württemberg-Baden* citada; el artículo 63, inciso 1 de la *Verfassung für Württemberg-Hohenzollern*, citada).

es principalmente el bávaro), y derivan del mismo movimiento, de inspiración individualista-liberal, que ha determinado en buena parte la nueva legislación de Alemania Occidental de estos últimos nueve años, no debe prescindirse de hacerse una relación, al menos en sus rasgos fundamentales, de manera de poder establecer si estas instituciones son, por sus fines, estructura y efectos, además de por su funcionamiento o procedimiento, análogos a los otros hasta aquí examinados.

41. En Renania-Palatinado, la *Verfassungsbeschwerde* ha sido creada directamente por la Constitución de 18 de mayo de 1947, en su artículo 130, incisos 2 y 3. En efecto, este precepto establece en su primer inciso un control, por parte del *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional) local, sobre la legitimidad constitucional de las leyes y proyectos de leyes estatales, así como de los otros actos de órganos del Estado Federado, pero dicho control no está condicionado a la iniciativa de los particulares, sino del gobierno (se entiende, local), del Parlamento o de un grupo parlamentario (*Landtagsfraktion*), o bien de una corporación de Derecho Público o de un partido político que en las últimas elecciones del *Landtag*, haya obtenido, por lo menos, un décimo de los votos; por el contrario, las restantes disposiciones del mismo precepto disponen: "El mismo derecho (o sea, de promover el control de legitimidad constitucional) corresponde a todo interesado, en relación a la subsistencia de los presupuestos prescritos por la ley constitucional para que pueda procederse a una socialización, en los términos del artículo 61 de la

Constitución. Además, cualquiera tiene el derecho, en el curso de un procedimiento ante un tribunal ordinario o administrativo, de hacer valer la inconstitucionalidad de una ley o del decreto de un órgano administrativo. El tribunal de la causa debe decidir en vía prejudicial sobre la cuestión planteada. Si reconoce la inconstitucionalidad, entonces la decisión pasa directamente, o bien a iniciativa de uno de los interesados, al *Oberlandesgericht*, o respectivamente al *Landesverwaltungsgericht*, en segunda instancia. Si se afirma la inconstitucionalidad, también en segunda instancia, deberá ser solicitada la decisión de la Corte Constitucional” (se entiende, regional)³⁷⁰.

Están relacionados con el citado artículo 130 constitucional, los artículos, también fundamentales, 135, inciso primero y 136, inciso primero, el primero de los cuales establece que corresponde a la Corte Constitucional la función, entre otras, de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, de los proyectos de leyes y de los actos de los órganos ejecutivos del Estado, y el segundo atribuye fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) a las resoluciones de la Corte Constitucional.

Como puede verse, existe en Renania-Palatinado una especie de bipartición de la institución. La *Beschwerde* que se excluye en todo caso respecto de actos

³⁷⁰ Apenas si es preciso advertir que cuando la disposición habla de tribunales ordinarios o administrativos, de ley o decreto de un órgano administrativo, etc., pretende siempre referirse a órganos o actos estadales, no federales.

jurisdiccionales³⁷¹, podrá normalmente promoverse *obiter tantum* (y no por la sola causa consistente en la lesión de un “derecho fundamental”) en el curso de un proceso, diversamente de lo que sucede respecto de las instituciones homónimas que se han estudiado (y por tanto, dicho recurso nos recuerda, bajo este aspecto, más a la *Richterklage* que al verdadero y propio recurso constitucional; *supra*, número 21); además determina un original procedimiento preliminar, una especie de marcha de aproximación por etapas; solución con la que se ha querido evitar (¡pero con qué costo de tiempo y de juicios!), que puedan llegar a la Corte Constitucional; demasiado fácilmente, recursos infundados, creándose por consecuencia, un procedimiento constitucional que es al mismo tiempo *incidental* y *mediato*³⁷². Pero existe además en Renania-Palatino, un segundo tipo de *Verfassungsbeschwerde*, —el único que a mi modo de ver, por su función, objeto, legitimación e interés para obrar, puede llevar propiamente ese nombre— regulado por el inciso segundo del artículo 130 de la Constitución, y que da lugar en dicha entidad, a una tutela jurisdiccional diferenciada de las situaciones activas del sujeto privado, derivadas

371 Debe recordarse a este propósito todo lo que se ha dicho, cuando se estudió la eficacia de la decisión de acogimiento de la *Verfassungsbeschwerde* bávara. *Supra*, n. 20.

372 Cfr. SUSTERHENN, A. y SCHÄFER, H., *Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz*, Koblenz, 1950, sub artículo 13, p. 449 y ss., especialmente en la p. 457. Sobre el artículo 130, inciso 3 de la Constitución que se examina, ver también POHLE, “*Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess*”, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

del artículo 61 de la propia Constitución, si las mismas han sido lesionadas por una resolución de socialización —*Sozialisierungsmassnahme* contra la cual el sujeto interesado puede actuar de *manera inmediata y en vía principal*^{373, 374}.

42. A diferencia de las instituciones del Palatinado, la *Verfassungsbeschwerde* de Hesse, no ha sido establecida por una norma constitucional sino que —a semejanza de la federal— ha sido creación del legislador ordinario. La Constitución de Hesse de 11 de diciembre de 1946 se limitó a establecer en el artículo 131, después de haber dicho cuáles son las diversas funciones de la Corte Constitucional (*Staatsgerichtshof*)³⁷⁵ y después de haber dispuesto, además, que el derecho de promover el ejercicio de estas funciones

373 El artículo 61 establece que el Estado puede y debe, siempre mediante acto legislativo (al menos en sentido formal) y previa la determinación de una indemnización, nacionalizar monopolios y empresas de importancia nacional. Presupuestos de esta *Sozialisierung* son por un lado, el de la regularidad formal del acto, y por otra parte los sustanciales de indemnización y de la importancia nacional de la empresa o monopolio.

374 Sobre el artículo 130, inciso 2, cit., cfr. SUSTERHENN y SCHÄFER, *Kommentar, op. cit.*, p. 457; ver también DRAHT, "Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", *op. cit.*, pp. 41 y ss.

375 Tales funciones, de acuerdo con la disposición del artículo 31, inciso 1, son: "los juicios sobre constitucionalidad de las leyes, lesión de los derechos fundamentales, impugnación de los resultados de una votación popular, controversias constitucionales, así como sobre otras materias que hayan sido previstas por la Constitución y por las leyes". Se advierte, sin embargo, como ya en esta disposición está previsto también el juicio por *Verletzung der Grundrechte* (lesión de los derechos fundamentales).

corresponde a ciertos órganos constitucionales o grupos de electores o de diputados³⁷⁶ que: "La ley dispondrá en cuáles casos y bajo cuáles condiciones corresponde a cada individuo el derecho de recurrir a la Corte"³⁷⁷.

La Ley de que se trata fue promulgada el 12 de diciembre de 1947³⁷⁸, y en sus párrafos 45 a 49 reglamenta, precisamente, la institución de la *Verfassungsbeschwerde*, en forma poco precisa, ya que las disposiciones sobre el recurso constitucional se encuentran dispersas entre las normas sobre la *Richterklage*³⁷⁹ y otra institución, según la cual, el

376 Cfr el artículo 131, inciso 2, de la Constitución.

377 Art. 131, inciso 3. Si a esta disposición se agrega el hecho que también en el primer inciso de este artículo 131 (*supra*, nota 375), se habla de una función de tutela de los derechos individuales fundamentales, debe concluirse que el *Verfassungsbeschwerderecht* del ordenamiento hessiano, a diferencia del federal (*supra*, n. 22) es un verdadero derecho subjetivo constitucional, sujeto, sin embargo, a las restricciones a que puede someterlo el legislador ordinario (que no puede eliminarlo). Esto no excluye que, como se ha afirmado en el texto, la institución hessiana de la *Verfassungsbeschwerde*, por voluntad del constituyente, haya nacido por obra del legislador ordinario.

378 Puede verse en el *Gesetz-und Verordnungsblatt für das Land Hessen*, 1948, y en FUHR, E. y PFEIL, E., *Hessische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze*, Munich, 1953, sub n. 2 (en tanto que por el contrario la Constitución tiene el n. 1), ver también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, p. 256.

379 El párrafo 48, inciso 2, establece, en efecto que, durante la tramitación de un proceso, el Tribunal investido de la causa, puede solicitar al *Staatsgerichtshof* un "dictamen" (*Gutachten*) sobre la legitimidad constitucional de la norma

derecho al recurso ante la Corte Constitucional de Hesse corresponde también a las autoridades administrativas contra los abusos que de ciertos derechos fundamentales (como el de libre expresión de las ideas, de reunión y asociación y finalmente de difusión de obras científicas y artísticas) se realice por los ciudadanos particulares³⁸⁰.

Se establece sustancialmente, que está legitimado para recurrir aquel que sostenga haber sido lesionado, a través de un acto de cualquiera autoridad local, en su derecho subjetivo fundamental garantizado por la Constitución (se entiende, de Hesse)³⁸¹. En el recurso deberán indicarse el derecho o la situación subjetiva fundamental que se estima violada, así como los hechos de los cuales se deriva dicha lesión y su prueba³⁸². El recurso debe indicar, además, la persona a la cual se atribuye el acto lesivo, la que debe ser emplazada para intervenir³⁸³.

Para todo lo relativo al procedimiento (no sólo el que se refiere a la *Verfassungsbeschwerde*, sino de todo procedimiento ante la Corte Constitucional de

aplicable; dicho dictamen, de acuerdo con el parágrafo 48, es siempre "obligatorio para el Tribunal".

380 Parágrafos 45, inciso 1, 46 y 47 de la *hessische Staatsgerichtshofgesetz*.

381 Parágrafo 45, inciso 2, de la ley citada: *Der Antrag* (se entiende, de acuerdo con el artículo 131, inciso 3, de la Constitución) *kann ferner von jedermann gestellt werden, der geltend macht, dass, ein ihm von der Verfassung gewährtes Grundrecht verletzt sei*.

382 Parágrafo 46, inciso 1 de la Ley.

383 Parágrafo 46, inciso 3 de la Ley.

Hesse), son aplicables, si no han sido derogadas con normas especiales o no resulten incompatibles, las disposiciones de la *Strafprozessordnung* (Ordenanza Procesal Penal)³⁸⁴; la posición del recurrente (*Antrags-teller*) se podrá asimilar, bajo ciertos aspectos, a la de la acusación pública en el proceso penal³⁸⁵.

La Corte Constitucional de Hesse no decide sobre toda *Verfassungsbeschwerde*; puesto que en efecto, la ley establece que la Corte tiene la potestad de remitir el juicio a otros tribunales (estaduales). Ella juzgará solamente si la cuestión planteada “supera por su importancia, al caso particular” y especialmente si existe el temor de una repetición de la lesión y aparezca necesaria una decisión que tenga eficacia generales³⁸⁶.

Cuando el objeto del recurso sea una resolución jurisdiccional —en cuyo caso el término para recurrir es de un mes a partir de la notificación de la resolución misma³⁸⁷, que debe consistir, además y en todo caso, en una decisión de última o única instancia— el fallo de la Corte Constitucional de Hesse, de la misma manera que el del Tribunal Constitucional Federal y diversamente del de la Corte Constitucional bávara, tendrá, si

384 Parágrafo 14 de la ley. Cfr. POHLE, *Bemerkungen, op. cit.*, pp. 20 y ss.

385 POHLE, *Bemerkungen, op. cit.*, p. 21.

386 Parágrafo 48, inciso 1 de la ley. Dicha eficacia no podría en verdad atribuirse a las decisiones de los tribunales, investidas del juicio por parte del *Staatsgerichtshof*.

387 Parágrafo 48, inciso 3 de la Ley.

es favorable al recurrente, eficacia casatoria³⁸⁸; así por otra parte, la Corte misma tiene la facultad de elegir entre el reenvío, para nueva decisión, a otro tribunal, o resolver ella misma sobre el fondo³⁸⁹. La decisión de la Corte de Hesse tiene eficacia general³⁹⁰.

388 Así POHLE, "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess", *op. cit.*, pp. 162, 19.1-195. En verdad, el tenor literal de la Ley —parágrafo 49, inciso 2— hace pensar en una mera declaración de nulidad: "La Corte Constitucional del Estado puede declarar que está privada de eficacia (*für kraftlos erklären*) la sentencia ejecutoria dictada por un tribunal del Estado de Hesse".

389 Parágrafo 49, inciso 2 de la ley.

390 El parágrafo 49 de la ley en el inciso 1, dispone, en efecto, que las decisiones de la Corte tienen *Rechtskraft für und gegen jedermann* (eficacia jurídica para y contra cualquiera) y que "obligan a los tribunales y a las autoridades administrativas".

CONCLUSIONES

SUMARIO. 43.— Fines y efectos metajurídicos de la institución: la *Verfassungsbeschwerde* como “coronamiento del Estado de Derecho”. La exigencia ética y económica de la igualdad y dignidad humanas, como causa (elemento) de todo acto de imperio; el acto arbitrario como abuso del poder (acto ilícito), sujeto al conocimiento de la justicia constitucional de la libertad.

43. Se quiere poner de relieve, en estas conclusiones, lo que puede llamarse el concepto inspirador de la institución estudiada, Se alude no tanto a la naturaleza de la *Verfassungsbeschwerde* como derecho, sino como acto de ejercicio de un derecho que es a veces “constitucional” como en Austria, Suiza, Baviera y en el Palatinado, y otras simplemente “ordinario”; y tampoco se refiere a las particularidades, siempre muy interesantes, del procedimiento y de sus resultados jurídicos, sino a las finalidades y a los resultados políticos, sociales y éticos de la institución³⁹¹, en vista de los

391 Ver *supra*, nota 320.

Me parece que el estudio del Derecho no puede prescindir del de la función de las normas y de las

instituciones estudiadas, y si por función se entienden los valores o fundamentos de vida de las instituciones mismas, fundamentos (culturales, económicos, políticos, etc.) que están comprendidos en ellas y les hacen subsistir, o sea, que son "causa", concepto evidentemente diverso del de los fines que los particulares pueden cada vez proponerse por medio de la institución, ver *supra*, nota 262.

No creo que esta opinión sea afectada por la crítica dirigida en nombre de la *objetividad de la ciencia* y según la cual el jurista, como todo científico, tiene "el deber de conocer la realidad y no de valorizarla" (ver el reciente y vigoroso ensayo de BOBBIO, "La teoría pura del diritto ed i suoi critici" en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, pp. 356 y ss., especialmente en las páginas 357 a 368; las palabras subrayadas están en la página 357). Esta afirmación me parece justa si pretende limitarse a sostener que realiza obra científica quien, habiéndose propuesto el objeto de perseguir (por ejemplo la difusión de una fe o de una idea, o la afirmación de un partido), valore, o sea, apruebe o condene la institución con base en su eficacia funcional en relación con estos fines. Tal manera de juzgar no es científica, y su valor (inmediato) no es de juicio sino de acción, porque el juicio no es condena o aprobación sino conocimiento de la cosa en, cuanto es y cómo es (y por tanto conocimiento de la cosa en sus —imprescindibles— razones de ser, lo que excluye en todo caso una posibilidad de condena).

Pero si, por el contrario, con dicha frase se quisiese también significar que el científico no debe (o sea, que la ciencia no consiste en) investigar el valor intrínseco del sujeto estudiado, su razón de vida así como sus cambiantes (históricas) razones de vida; si se quisiera, en suma, clamar por la "ciencia pura", excluyendo no sólo las "ideologías" que están fuera del objeto estudiado, sino también el juicio sobre su valor, o sea, el conocimiento de las razones históricas del mismo objeto, creo que no podemos adherirnos a dicha concepción.

La ciencia del Derecho no es, a mi modo de ver, otra cosa que una rama de la "Historiografía", es decir (y más particularmente) del estudio del hombre, entendido no como

individuo reconcentrado (o *mónada*), sino como proceso, o sea, como serie de actos y por tanto de relaciones, prácticas y teóricas, que el individuo enlaza con los otros individuos y con la llamada naturaleza; y la Historiografía es ciencia precisamente en cuanto juicio, es decir, en cuanto conocimiento del objeto (humano) en su realidad viviente, y por tanto, en sus valores y fundamentos (deben recordarse las fórmulas de Vico y Hegel sobre la racionalidad de la vida, fórmulas que como anota GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Turín, 1953, p. 287, GIOBERTI ha hecho remontar a TERTULLIANO, *De anima*, 16).

Toda rama de la Historiografía estudia, en verdad, todo el hombre; y así no es exacto, me parece, que la Estética, o sea, la Historia (juicio) del Arte, estudie solamente obras de arte, y la Historia de la Filosofía únicamente las obras de los filósofos, o que la "Economía" considere solamente otro "pedazo" del hombre, o sea, al *hombre económico*. Todo acto "utilitario" o "artístico" o "de pensamiento" forma parte de lo que en los años (hace poco) pasados, se definía como la "circularidad del espíritu", comprensivo de todo valor; el acto económico implica también la imagen y el pensamiento, y así el acto de pensamiento es también acto económico, o sea, afirmación de conveniencia, y acto estético (expresión, lenguaje), y así sucesivamente (elijo, entre las diversas citas posibles, la de CROCE, *Filosofia della pratica*, 6, Bari, 1950, pp. 21 y ss., y *La storia come pensiero e come azione*, 4, Bari, 1943, pp. 27 y ss.). No considero verdad, por tanto, que la (Historiografía) jurídica, o sea, la ciencia del Derecho, estudie una sola parte del proceso-hombre; que estudie, por ejemplo, únicamente la norma, es decir, el acto de establecer el mandamiento contenido en la norma, sus efectos y sus relaciones; al contrario, ella estudia todo el proceso, en su aspecto tanto estático (las relaciones) o dialéctico (los actos), así como bajo el aspecto (valor o categoría) de la juridicidad, esto es, según mi opinión, *de su conformidad a un imperativo social mudable impuesto por la historia* (que equivale a decir, del "hombre colectivo"; concepto que superando el de "clase dominante", implica el de la fusión de todas las fuerzas). Pero

cuales se determinan su estructura y su funcionamiento. Me parece en suma que en la *Verfassungsbeschwerde* puede verse verdaderamente, como lo estima LE-

aun cuando el estudio quisiese limitarse a la norma —como lo haría, por ejemplo, la ciencia general del Derecho, según BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 370— no obstante que en tal caso la norma no sería entendida sino como acto y relación humanos y por tanto en su racionalidad (condiciones y fuerzas de las cuales ha surgido, razones diversas de su persistencia o evolución, y así sucesivamente); así como el análisis de la norma, en suma, es estudio histórico, quedaría, sin embargo por ver —y aquí se podría medir la validez y la autonomía de la “juridicidad” como categoría (predicado) “eterna y universal” del espíritu— si por el contrario *todo* acto humano no es (además de pensamiento, lenguaje, actividad económica y ética) también norma jurídica, o sea, imperativo social, lo que se podría afirmar sobre la base de la concepción plurilateral de los ordenamientos en virtud de la cual puede decirse que todo acto posee su validez y eficacia en relación con un ordenamiento por él postulado (y creado o vuelto a crear).

Por otra parte, de cualquier manera, debe admitirse a este respecto la duda sobre la explicación, la afirmación y la autonomía de la “categoría” de la juridicidad; que el estudio de una institución, vigente o pasada, significa estudio de las exigencias humanas, o sea, de las fuerzas, que más o menos cambiables, nuevas o antiguas, lo han hecho nacer y sucesivamente lo han sostenido, transformado o suprimido. Y también cuando la institución sea examinada tanto estática como en movimiento —como es *actualmente*, por ejemplo, y no además, en su “historia” pasada— también en tal caso, el estudio es histórico, en cuanto el objeto analizado en su vida actual, es decir, en un momento de su historia.

CHNER, el "coronamiento del Estado de Derecho"³⁹²,
 393. Dicho recurso es, no solamente, como se ha demostrado, un medio capaz de *hacer efectivos* los "derechos fundamentales", o sea, todas las "situaciones subjetivas fundamentales", no obstante que las disposiciones constitucionales, en las cuales ciertas situaciones han sido establecidas, aparezcan

392 No hablo aquí de un determinado tipo, históricamente realizado, de "recurso constitucional" y por tanto de "jurisdicción (especial) constitucional de la libertad"; sino —por así decirlo— de la institución en si, es decir, de la idea de crear un instrumento procesal-constitucional de tutela de los "derechos fundamentales del hombre", idea que fue intuida y realizada ya en la antigua Grecia y particularmente en el ordenamiento democrático ateniense posterior a las reformas de Solón y de Clístenes, especialmente mediante la institución de la *éfeis eis tò dikastérion* (recurso al tribunal), como pretendo exponer en el estudio sobre el amparo mexicano. Un instrumento, en suma, a través del cual pueda actuarse una protección *diferenciada* de aquellos derechos, con el resultado, además, de hacer patente, también en la conciencia del "hombre de la calle", su preminencia sobre cualquier otro derecho y su irrenunciabilidad. (Recuerdo que en la doctrina constitucional mexicana, los artículos de la Constitución relativos a los derechos fundamentales son denominados *superartículos*, precisamente para poner en evidencia su preminencia sobre cualquier otra norma).

393 La definición de LECHNER está en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 45 y 256; v, también SCHEUNER, U., "Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, pp. 293 y ss. En forma similar se expresan sobre el recurso de Derecho Público suizo, FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, *op. cit.*, p. 898 (ver *supra*, n. 5).

como simples enunciaciones de programa³⁹⁴; sino esencialmente como un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, porque por virtud del recurso, el ciudadano, o más bien, la persona, puede convertirse en moderadora de toda función pública, allí donde, como en la Federación Helvética y en la República Federal Alemana, frente a todos los poderes —legislativo, político, administrativo, jurisdiccional— la institución es operante. Por virtud del recurso, se abre al individuo

394 Ver principalmente la n. 1, pp. 1 y ss. (especialmente la nota 8). En la eficaz terminología adoptada por LAVAGNA, *Basi per uno estudio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. ital.*, op. cit., pp. 8 y ss., se podrá decir que a través del recurso constitucional, todas las situaciones son configuradas como “situaciones directamente garantizadas” y “accionables”, puesto que el mismo sujeto interesado, está en posibilidad, mediante el ejercicio del derecho de acción, de promover siempre la tutela jurisdiccional. (Es la transformación que BURGOA, *El Juicio de Amparo*, op. cit., p. 258, denomina *del mero derecho declarado en derecho garantizado*). Es conveniente en este lugar reafirmar cuanto ya se ha establecido al inicio de este trabajo: que solamente donde exista una eficaz jurisdicción constitucional de la libertad, las situaciones subjetivas activas fundamentales podrán asumir siempre la figura de verdaderos y propios derechos (escriben NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, op. cit., p. 202, que: “solamente a través del recurso constitucional los *Grundrechte* adquieren plenamente el carácter de derechos subjetivos”); y las normas sobre los derechos fundamentales, las cuales aún sin constituir *ein blosses Programm*, sin embargo *klingen wie ein Programm*, como hace notar HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, op. cit., pp. 17 y ss.: podrán tener la eficacia de *unmittelbar geltendes Recht* (de un derecho inmediato y vigente) (como se expresa en el artículo 1 de la Constitución de Bonn).

la posibilidad de convertirse en la manera más directa, factor activo de la vida del Derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Y si se me permite la imagen, una especie de reglamento de confines, al lado de la cual me encuentro yo, hombre, yo, libertad; si el Estado entra y realiza un acto abusivo, me afecta tanto a mí como a sí mismo. Porque me reduce, si no me opongo, a una condición de falta de libertad, y por tanto de carencia de humanidad, y se transforma en negación del Derecho y del Estado³⁹⁵.

395 SCHILLER (*Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon*, vol. X, p. 247, de los *Sämtliche Werke in 12 Bänden*) atribuye a Licurgo, las siguientes frases: *Alles darf dem Besten des Staates zum Opfer Gebracht werden, nur desjenige nicht, dem der Staat selbst nur als ein Mittel dient. Der Staat selbst ist niemals Zweck, er ist nur wichtig al eine Bedingung, unter welcher der Zweck der Menschheit erfüllt werden kann, und dieser Zweck der Menschheit ist anderer als Ausbildung aller kräfte des Menschen. Fortschreitung. Hindert eine Staatsverfassung, dass alle Kräfte, die im Menschen liegen, sich entwickeln, hindert sie die Fortschreitung des Geistes, so ist sie verwerflich und schädlich, sie mag übrigens noch so durchdacht und in ihrer Art noch so vollkommen sein.* (Todo puede sacrificarse al bien del Estado, salvo aquello a lo que el Estado mismo debe servir, a manera de instrumento. Porque el Estado no es jamás el fin, ya que asume importancia solamente como condición bajo la cual el fin de la humanidad puede ser alcanzado. Y esta finalidad no es otra cosa que la educación de todas las fuerzas del hombre y su desarrollo: si la Constitución de un Estado impide que estas fuerzas, latentes en el hombre, se desarrollen, si impide el progreso del espíritu, ella es reprobable y perjudicial, aun cuando pueda ser obra de profundo pensamiento, y en su género, perfecta).

Debe recordarse cómo, precisamente, la institución surgió, por vez primera, bajo la forma de una tentativa más o menos revolucionaria, tanto en Alemania (en la Constitución de la *Paulskirche*) como en Suiza, con motivo de los movimientos libertarios y constitucionalistas de los años 1848-1849; cómo la reacción producida con posterioridad y que prevaleció en la segunda mitad del siglo XIX, produjo (al menos en la práctica) su ineficacia; y cómo en estos últimos años, por un fenómeno dialéctico de contraposición al precedente sistema ético y político, ha surgido de nuevo a la vida donde había sido suprimida, o sea, en Austria y en Baviera, y ha nacido también allí donde era ignorada antes de 1933, en el Palatinado y en Hesse y, finalmente, en la misma República Federal Alemana. Ciertamente, la vitalidad presente y futura de la institución está ligada a los factores más diversos entre los cuales no es el más importante el estar previsto en una disposición legal. Es importante, sobre todo, la conciencia de quien se debe servir de la institución; el sentido de responsabilidad y de libertad de los individuos; es decir, que requiere, para formarse, una larga experiencia, alimentada por las luchas de los prácticos y por las fatigas de los estudiosos. Nosotros hemos observado en la institución federal alemana, los lineamientos de un instrumento nuevo, creado hace poco tiempo y que todavía carece de una vigorosa vida efectiva; deben recordarse a este respecto, para comprender las dificultades entre las cuales se debate, las cifras absolutamente irrisorias de los recursos acogidos en sus comienzos³⁹⁶, comparadas con aquéllas, bien distintas del recurso suizo,

396 Ver *supra*, nota 246.

que se ha ido imponiendo a través de una vida de largos decenios³⁹⁷. Pero no es dudoso, que así como ha sucedido en Suiza³⁹⁸, el número de recursos esté destinado a cambiar en Alemania, especialmente por lo que se refiere al órgano decisorio, que por lo que concierne a los ciudadanos que a él recurren, son ya suficientemente significativas y ya están en posibilidad de demostrar la confianza del individuo en la nueva institución.

Solamente a través de una laboriosa experiencia es como podrá formarse, principalmente, una jurisprudencia vívida, que sepa conseguir y consolidar, poco a poco, nuevas conquistas. Puesto que los “derechos fundamentales”, son genéricos y abstractos, como necesariamente están formulados en las Cartas Constitucionales³⁹⁹, más que por obra del teórico pueden ser afirmados, valorizados, o sea, transformados en positivos y concretos, fundamentalmente por la obra práctica y cotidiana de los jueces, para quienes no será fácil establecer en los primeros momentos, por ejemplo, que el acto “arbitrario”, “totalmente injustificado”, “gravemente inicuo” de una autoridad, es acto lesivo del derecho fundamental de igualdad frente a la ley —entendiendo así este principio generalísimo de la igualdad como precepto válido inmediatamente y para todos los casos de la vida constitucional; el precepto

397 *Supra*, nota 57.

398 *Supra*, n. 3.

399 Ver *supra*, nota 394. La afirmación vale también para el Derecho Constitucional de los Estados Unidos; cfr. ADAMS J.C., *Il diritto costituzionale americano*, Florencia, 1954, pp. 116 y ss.

de la *causalidad*, es decir, de la funcionalidad constitucional de todos los actos de imperio, la prohibición por tanto de todo exceso de poder constitucionalmente relevante—⁴⁰⁰; pero cuando un juez lo haya establecido

400 En la doctrina italiana se controvierte si el recurso de constitucionalidad de las leyes realizado por la Corte Constitucional, podrá extenderse también al exceso de poder; me limito a recordar las autorizadas opiniones de MORTATI, "Sull'eccesso di potere legislativo", *op. cit.*, pp. 457 y ss.; de CARNELUTTI, "Il giudice e la lex in fraudem legis", *op. cit.*, pp. 12 y ss. (que considera justamente el fenómeno de la causa como "requisito de todo acto jurídico"; de CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 22 y ss., y *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, *op. cit.*, pp. 94-99; de ESPOSITO, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", *op. cit.*, pp. 302 y ss. (donde impropia-mente, a mi juicio, se habla de motivos más bien que de causa, conceptos, que son, el primero subjetivo y el segundo objetivo: ver *supra*, nota 262); y de BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, *op. cit.*, pp. 180 y ss. (el cual, no obstante, establece restricciones que no pueden considerarse aceptables); y todos estos autores concuerdan, con excepción de ESPOSITO, en afirmar que el exceso de poder legislativo está sujeto al recurso constitucional.

En la mencionada Constitución de Renania-Palatinado, se establece expresamente en el artículo 17, la prohibición "a las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de favorecer o perjudicar *de modo arbitrario* a individuos o grupos de individuos"; cfr. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 de la Costituzione*, *op. cit.*, pp. 26 y ss., en nota. En este último ensayo, ESPOSITO precisa y en sustancia, reafirma su pensamiento, del cual me veo en la necesidad de disentir, pero que debe tenerse muy en cuenta. Me parece que las objeciones de carácter teórico, afirmadas con extrema energía por el ilustre autor, pueden superarse por las consideraciones hechas, por ejemplo, por CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, y *Teoria generale*

del diritto, op. cit., pp. 241 y ss., según las cuales la causa —o “fin”— es un elemento de todo acto, del mismo modo que la voluntad y la forma (que corresponde, sobre el plano de la “estática”, a la causa o interés como elemento de toda relación jurídica, y por tanto de toda potestad, derecho o facultad); por consiguiente, no puede jamás negarse la admisibilidad de una investigación sobre la causa, entendida en el modo como objetivamente se configura en el ordenamiento; de este modo las objeciones eventuales de orden pragmático —creación de un “gobierno de jueces”, etc.—, están destinadas a encontrar sobre el mismo plano de la oportunidad práctica, respuestas válidas; como aquélla —que puede conducir también a algunas consideraciones importantes hechas por BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, op. cit., pp. 80 y ss.—, de que solamente donde la misma mayoría parlamentaria (y por tanto el poder legislativo y ejecutivo; en tanto que por el contrario la mayoría misma no se refleja, otro tanto e inmediatamente sobre el poder judicial) se sujeta a tales limitaciones, existe no sólo Estado democrático sino Estado “democrático” y *de Derecho*. A mi modo de ver, la eficacia del artículo 3 de la Constitución italiana, no radica tanto en haber codificado, “constitucionalizado”, el principio de la causalidad, o sea, de la funcionalidad de los actos, lo que no era necesario, sino en la de haber establecido un criterio positivo, e inmediatamente aplicable para el Estado, es decir, para todos los órganos del Estado, en la determinación de la causa o función, la cual ha sido fijada para todo acto de imperio, salvo una posterior y más específica —típica— determinación constitucional, en la realización de la igualdad y de la semejante dignidad social de los ciudadanos, y en la eliminación de los “obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (se recuerda a este propósito una tesis fundamental de ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, libre II, chapitre XI: *Si l'on recherche en*

una vez, deducido de las circunstancias excepciona-
lísimas del caso, por el carácter "manifiesto" de una
injusticia, de otra manera irreparable, lo determinará
posteriormente de nuevo, y lo decidirán otros jueces
junto con él, y así se formará una espléndida y lozana
jurisprudencia, como se ha formado por ejemplo en
Suiza⁴⁰¹ por obra del Tribunal Federal o en América por

*quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'état; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle). A quien lamentase la generalidad de estas proposiciones, se le responderá que precisamente por dicha generalidad requieren una garantía, la cual, para ser eficaz, debe asumir necesariamente la naturaleza de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con los lineamientos especiales que se han mencionado (ver principalmente, *supra*, n. 1 y 38).*

401 Ver *supra*, n. 5. Para el Derecho bávaro, *supra*, nota 133. El principio de igualdad (artículo 3, inciso 1 de la Constitución de Bonn) no constituye una prescripción simplemente programática, sino inmediatamente obligatoria para toda autoridad pública (no sólo para el legislador) y fuente de derechos fundamentales en beneficio del sujeto particular frente al Estado, puesto que ha sido, al menos implícitamente reconocido más de una vez por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, el que ha iniciado, además, la labor de concretización del principio mismo; por ejemplo, con la afirmación de que el propio principio no puede considerarse lesionado por el solo hecho de que en la decisión de un órgano judicial, una norma jurídica sea interpretada de manera divergente respecto de la interpretación acogida en las decisiones de otros jueces; cfr. *supra*, los números 23 y 23.

la *Supreme Court* estadounidense⁴⁰², y que bajo diversas y más limitadas formas, tampoco ha sido ignorada totalmente en el ordenamiento italiano⁴⁰³.

402 Es universalmente conocida la grandísima importancia adquirida, por obra de la interpretación jurisprudencial, del *due process clause* de la Constitución estadounidense —derivada del principio inglés de la *rule of law*— y análoga cláusula del debido proceso legal de muchas constituciones latinoamericanas. Ver el reciente volumen al cuidado de CAHN, E., *Supreme Court and Supreme Law*, Bloomington, 1954, y el artículo de COUTURE, E. J., “La garanzia costituzionale del ‘dovuto processo legale’”, en *Riv. dir. proc.*, 1954, I, pp. 81 y ss. Cfr. también WOOD, V., *Due Process of Law, The Supreme Court’s Use of a Constitutional Tool*, Binghamton, N. Y., 1951.

403 Se piensa en la teoría del “exceso”, entendido también como “desviación” de poder, elaborada a través de una interpretación de varios decenios por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y posteriormente per el nuestro, también con el significado de prohibición de la “injusticia manifiesta”: ORLANDO, “La giustizia amministrativa”, en *Tratatto dell’Orlando*, III, Milán, 1907, pp. 800 y ss.; ZANOBINI, *Corso di dir. amministrativo*, 6, II, Milán, 1952, pp. 141 y ss.; VITTA, *Diritto amministrativo*, 3, I, Turín, 1948, pp. 426 y ss. El fenómeno encuentra su equivalente en el campo del Derecho Privado, con la antigua prohibición de los actos *ad aemulationem* (cfr. en GAYO, *Instit.*, I, 53: (...) *male enim nostro jure uti non debemus*), que si bien no fue acogido expresamente en el *rode* y en nuestro viejo Código de 1865, fue siempre afirmado decididamente por nuestra jurisprudencia y la francesa, no obstante algunas opiniones contrarias por parte de la doctrina que pretendía oponerse a la introducción de conceptos político-morales y equitativos en la interpretación jurídica; cfr. para todo a BRUGI. *Della proprietà*, I, Nápoles, 1911, pp. 271 y ss., y p. 100. También la teoría del llamado “interés para obrar” entra, por otra parte y en mi opinión, en el mismo movimiento (ver *supra*, nota 262), y por tanto, debe ser encuadrada precisamente

Es por estas razones, que sin olvidar las voces menos optimistas como la autorizada y valiosa de POHLE, he contemplado la nueva institución sin escepticismo, y así con la convicción que algo similar deberá ser creado algún día en Italia, si se quiere establecer seriamente una tutela adecuada para los derechos fundamentales⁴⁰⁴. He visto verdaderamente en el recurso constitucional, la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que

en la teoría del abuso del derecho (o sea, del exceso del derecho), sobre la cual, ver por ejemplo, a CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, op. cit., p. 65; BETTI, *Teoria gen. del negozio giuridico*, op. cit., pp. 177, 383 y ss., con bibliografía; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 3, Roma, 1948. n. 394; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale del diritto civile*, Nápoles, 1954, pp. 60 y ss.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, 2, Padua, 1953, nn. 232-234, pp. 445 y ss.; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milán, 1952, p. 42; ver también ROTONDI, "L'abuso del diritto", en *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 104 y ss., 208 y ss., 416 y ss.; D'AMELIO, "Voz Abuso del diritto", en *Nuovo Digesto italiano*, I, Turín, 1937, pp. 48 y ss. (con bibliografía); RICCOBONO, "Voz Aemulatio", ibíd., 1, op. cit., pp. 209 y ss. (con bibliografía).

404 Sobre la exigencia de dicha creación, ver *supra*, n. 1, pp. 1 y ss. Debe estimarse que -diversamente de cuanto ha podido suceder en el ordenamiento alemán (*supra*, n. 2, y n. 22), para introducir en nuestro ordenamiento una institución jurisprudencial análoga al recurso constitucional alemán, suizo o austriaco, sería necesaria una ley constitucional; no sólo porque el artículo 134 de la Constitución italiana delimita rigurosamente el ámbito de la jurisdicción de la Corte, sino también por la prohibición de la creación de nuevas jurisdicciones especiales (artículo 102 de la Const. y disposición VI transitoria), carácter que tiene ciertamente, en mi opinión, la jurisdicción constitucional de la libertad (*supra*, nn. 1 y 38).

le es sagrado⁴⁰⁵, un instrumento eficaz, a condición

405 Al respecto, no pienso en manera alguna como los jusnaturalistas, en algo absoluto, que siempre ha sido y siempre será. En adhesión a los principios del historicismo, considero que actualmente, por ejemplo, se va haciendo cada vez más viva la conciencia de la naturaleza "fundamental" de algunos derechos que, por ser "sociales", no por ello se refieren menos directamente al individuo (cfr. sobre los derechos sociales del hombre, el pensamiento de GURVITCH, G., el teórico del "pluralismo jurídico", en *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. italiana de FOA, L., con Prefacio de BOBBIO, N., Milán, 1949; ver también CAMPILLO SAINZ, J., *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, México, 1952, especialmente en la pp. 49 y ss.) esta situación, ha sido ignorada en la Constitución de Alemania Occidental, al parecer por una determinación polémica de contraste frente a la República Popular.

Sobre la concepción historicista de la libertad. cfr. además del conocidísimo ensayo de CROCE, "Constant e Jellinek, intorno a alla differenza tra la libertà degli antichi e quella dei moderni", en *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, LIII (1930), y en *Etica e politica*, Bari, 1931, pp. 294 y ss., también el ensayo de CALOGERO, "La 'libertà degli antichi' e la 'libertà dei moderni'", en *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947, pp. 56 y ss.; ambos en defensa del célebre discurso *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, pronunciado por Benjamín CONSTANT en el Ateneo de París en 1819. (La tesis de Constant según la cual para los antiguos la libertad era entendida fundamentalmente como la participación del individuo en el poder del Estado, y para los modernos, por el contrario, como garantía de independencia de la vida privada individual frente al poder del Estado —la primera en suma, más como libertad política, la segunda más como libertad civil—, ha sido combatida por JELLINEK en el *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900, pp. 267 y ss.).

Sobre la perenne mutabilidad de las leyes, ver también LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 2, Roma, 1950, pp. 96 y 100.

de que también el Tribunal al que está encomendado, sepa con su juicio —imparcial, pero no por ello extraño a las exigencias de la vida y tampoco ignorante de que también el juicio es creación—⁴⁰⁶, ver claro no sólo en la

La certeza del Derecho, traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA RENDÍN; prólogo de COUTURE (Buenos Aires, 1953); obra en la cual se recuerda una frase de Livio: *Ab urbe condita XXIV, 6*, según la cual las leyes son siempre: *mortales et temporibus ipsis mutabiles. Quae in pace latae sunt, plerumque bellum abrogat: quae in bello, pax.*

⁴⁰⁶ Ver *supra*, n. 1. Entre las más importantes y valerosas decisiones de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal, en las cuales la elección de un predominio entre las razones jurídicas *hinc et inde* propuestas o propenibles, no puede menos que asumir una orientación política (o sea, manifestación de voluntad, más que —o además— de lógica), se debe recordar la —muy discutida, *en pro* y *en contra*— de 17 de diciembre de 1953, publicada en la *Amtliche Sammlung*, *op. cit.*, III, pp. 58 y ss., de acuerdo con la cual, fueron declaradas extinguidas, a partir del 8 de mayo de 1945, todas las relaciones de empleo de los funcionarios públicos ligados al nazismo; cfr. por ejemplo, KOTTGEN, A., “Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1954, pp. 350 y ss. (Recuerdo que para TRIEPEL, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *op. cit.*, pp. 1 y ss., la jurisdicción constitucional debería definirse como *Gerichtsbarkeit im Bereich des Politischen*; ver también la definición de JERUSALEM, F.W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1930, p. 51, según el cual, “objeto” de la jurisdicción constitucional sería: *der staatliche Willensbildungsprozess*. Semejante a la concepción de Triepel es la de SCHEUNER, “Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik”, *op. cit.*, p. 293. Ver para toda esta materia a LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pp. 35-38 y 45 y ss.; sobre la “importancia política” de la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional,

primera realidad que es la ley, sino también en aquellas otras, que son las efectivas exigencias de los hombres. El Tribunal Constitucional alemán, concebido como órgano constitucional *superiorem non recognoscens*, y dotado de amplios poderes procesales (especialmente en la investigación de la verdad) y materiales (también cautelares), de los cuales se ha hablado con amplitud, parece idóneo y alcanzará tarde o temprano ese fin.

Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones —el Estado, la Ley, el Derecho y los derechos— existen para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida de hombre; el medio, en fin, de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, “la lite violenta en la lite jurídica”, el derecho de rebelión en el derecho de acción⁴⁰⁷.

cfr. también a BLOMEYER, “Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht”, *op. cit.*, pp. 1 y 5 del sobretiro).

407 Las palabras subrayadas en el texto han sido transcritas de la bellísima alocución triestina de PIOVANI, “La filosofía del diritto e la lezione di Hegel”, en *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1954, p. 6 del sobretiro.

Sobre el *Widerstandsrecht* (derecho de resistencia) en las constituciones alemanas y en la austriaca, ver *supra*, notas 329 y 112. En cuanto a las constituciones francesas el derecho de resistencia se encuentra expresamente establecido en el

artículo 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, proclamada por la *Assemblée Nationale Constituante*, el 26 de agosto de 1789, precepto en el que después de afirmarse que *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*, se agrega que: *ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*. (Ver HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 30); en tanto que en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 24 de junio de 1793, los "derechos naturales e imprescriptibles" están enumerados de la siguiente manera (artículo 2): *Ces droits son l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété*; sin embargo, en el artículo 33 se establece que: *La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme*, y de nuevo, en el artículo 35 se advierte que: *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs* (ver HARTUNG, op. ult. cit., pp. 34 y 38). Nada semejante vuelve a encontrarse en las sucesivas constituciones francesas del año III (22 de agosto de 1795), del 4 de junio de 1814, ni en la de 4 de noviembre de 1848; y en cuanto a la de 13 de octubre de 1946, se expresa en el preámbulo, que: (...) *le peuple français proclame à nouveau que tout être humain (...) possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789*. Por su parte, la nueva Constitución francesa promulgada el 4 de octubre de 1958, expresa lo siguiente:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

El derecho de resistencia no ha sido acogido por nuestra Constitución, si bien el mismo no es ignorado del todo por nuestro ordenamiento; cfr., principalmente los artículos 337 y 650 del Código Penal. Ver en doctrina, por ejemplo, a BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, op. cit., pp. 27 y ss.; *Id.*, *La Costituzione come norma giuridica*, Florencia, 1951, pp. 100 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMOVICH, L., *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts*, 4.^a ed., Wien, 1947.
- *Id.*, *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, 7.^a ed., Wien, 1948.
- *Id.*, "Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Juristische Blätter*, 1950.
- ADAMS, J.C., *Il diritto costituzionale americano*, Firenze, 1954.
- ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.
- *Id.*, *Diritto processuale tributario*, 3.^a ed., Torino, 1955.
- *Id.*, "Bisogno di tutela giuridica", en *Jus*, 1954.
- *Id.*, "Rechtsschutzbedürfnis?", en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954.
- *Id.*, "Saggio polemico sulla 'giurisdizione' volontaria", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948.
- ANDRIOLI, V., "La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana", en *Annuario dell'Università di Pisa*, 1954-55.

- ARCOLEO, G., "Libertá ed eguaglianza", en los *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1954.
- ASCARELLI, T., "Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione", en *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1954.
- AZUELA, M., "El aspecto formal del amparo. Esquema de su evolución histórica y de su estructura general", en *México ante el pensamiento Jurídico-Social de Occidente* (Memoria de la Asamblea Anual del Consejo de l'Union Internationale des Avocats). México, 1955.
- AZZARITI, G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951.
- BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto costituzionale*, 3.^a ed., Milano, 1953.
- BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.
- *Id.*, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951.
- BARILE, P. y PREDIERI, A., *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione, nel Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, I. Firenze, 1950.
- BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., Torino, 1950.
- BIRCHMEIER, W., *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, Zürich, 1950.
- BISCARETTI DI RUFFÍA, P., *Diritto costituzionale*, 3.^a ed., Napoli, 1954.
- BLOMEYER, K., "Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht", en *Montatsschrift für deutsches Recht*, 1953.

- BLUMER, J.J. y MOREL, J., *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, I, Basel, 1877.
- BOBBIO, N., "Francesco Carnelutti teorico generale del diritto", en *Giurisprudenza italiana*, 1949.
- *Id.*, "La teoria pura del diritto ed i suoi critici", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954.
- *Id.*, ver GURVITCH, G.
- BRUGI, B., *Della proprietà*, I, Napoli, 1911.
- BURGOA, I., *Las garantías individuales*, 2.^a ed., México, 1954.
- *Id.*, *El juicio de amparo*, 3.^a ed., México, 1950.
- CAHN, E., *Supreme Court and Supreme Law*, Bloomington, 1954.
- CALAMANDREI, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.
- *Id.*, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2.^a ed., I, Padova, 1943.
- *Id.*, "La Costituzione e le leggi per attuarla", en VALIANI, L., DE ROSA, G., CALAMANDREI, P., BATTAGLIA, A., CORBINO, E., LUSSU, E., SANSONE, M., *Dieci anni dopo*, Bari, 1955.
- *Id.*, *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
- *Id.*, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, Firenze, 1953.
- *Id.*, "Vizi della sentenza e mezzi di gravame", en *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930.
- *Id.*, "Sopravvivenza della querela di nullità", en *Rivista di diritto processuale*, 1951.
- CALOGERO, G., "La 'libertà degli antichi' e la 'libertà dei moderni'", en *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947.
- CAMPILLO SAINZ, J., *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, México, 1952.
- CAPOGRASSI, G., ver LÓPEZ DE OÑATE, F.

- CARNACINI, T., "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", en *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951.
- CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, 3.^a ed., Roma, 1951.
- *Id.*, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4.^a ed., I, II, III, Roma, 1951.
- *Id.*, "Il giudice e la lex in fraudem legis", en *Rivista di diritto processuale*, 1952.
- *Id.*, Postilla a SCHÖNKE, A., "Il bisogno di tutela giuridica", en la *Rivista di diritto processuale*, 1948.
- *Id.*, "Estruttura della querela", en *Rivista di diritto processuale*, 1954.
- CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2.^a ed., II, Napoli, 1936.
- CHRISTINGER, U., *Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde nach dem neuen OG vom 16. Dezember 1943*, *Berner Dissertation*, 1946.
- COLAGROSSO, E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948.
- COUTURE, E. J., "La garanzia costituzionale del 'dovuto processo legale'", en *Rivista di diritto processuale*, 1954.
- CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CROCE, B., *Filosofia della pratica*, 6.^a ed., Bari, 1950.
- *Id.*, *La storia come pensiero e come azione*, 4.^a ed., Bari, 1943.
- *Id.*, "Constant e Jellinek: intorno alla differenza tra la libertà degli antichi e quella dei moderni", en *Etica e politica*, Bari, 1931.
- CROSA, E., *Diritto costituzionale*, 3.^a ed., Torino, 1951.

- D'AMELIO, M., "Voz Abuso del diritto", en *Nuovo Digesto italiano*, 1. Torino, 1937.
- DENNEWITZ, B., *Die Verfassungen der modernen Staaten*, III, Hamburg, 1948, y IV, Hamburg, 1949.
- DRAHT, M., "Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft IX, Berlin, 1952.
- DREHER, E., "Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951.
- EGGENSCHWILER, E., *Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses*, Berner Dissertation, 1936.
- ERMACORA, F., "Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952.
- ESPOSITO, C., *La validità delle leggi*, Padova, 1934.
- *Id.*, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en *Rivista di diritto processuale*, 1950.
- *Id.*, "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione", en *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.
- FECHNER, E., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tübingen, 1954.
- FLEINER, F., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, 1923.
- FLEINER, F. y GIACOMETTI, Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949.
- FRISCH, H., *Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes*, Wien, 1932.
- FRÖHLICH, G., ver KELSEN, H., FRÖHLICH, G. y MERKL, A.
- FUHR, E. y PFEIL, E., *Hessische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze*, München, 1953.

- FURNO, C., *Appendice del Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942.
- FÜSSLEIN, R.W., *Deutsche Verfassungen*, Berlín, 1951.
- GARBAGNATI, E., *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950.
- GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar*, Berlín, 1952.
- *Id.*, “Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder”, en *Verfassung und Verwaltung. Festschrift für W. Laforet*, München, 1952.
- GELLER, G. y KLEINRAHM, K., *Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Göttingen, 1950.
- GIACOMETTI, Z., ver FLEINER, F. y GIACOMETTI, Z.
- *Id.*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich, 1933.
- *Id.*, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich, 1941.
- GRASSMANN (VON), J., ver SEYDEL (VON), M., GRASSMANN (VON), J. y PILOTY, R.
- GROSSMANN, R. H., *Die staats-und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Zürcher Dissertation*, 1948.
- GUARINO, G., “Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime”, en *Jus*, 1951.
- GUICCIARDI, E., *La giustizia amministrativa*, 3.^a ed., Padova, 1954.
- GURVITCH, G., *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. ital. de Foà, L., con Prefacio de BOBBIO, N., Milano, 1949.

- HARTUNG, F., *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 2.^a ed., Göttingen, 1954.
- HEINITZ, E., *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.
- HERRNRITT (VON), R., *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Tübingen, 1909.
- HESSE, A., "Conception américaine et conception française des Déclarations de droits: juge américain et juge français", en *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954.
- HILDEBRANT, H., *Quellen zur Verfassungsgeschichte*, 2.^a ed., Heft I, Paderborn, 1954.
- HIS, E., *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, II, Basel, 1929.
- HOLTKOTTEN, H., *Erläuterungen im Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1950.
— *Id.*, "Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952.
- HUBER, H., *Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe, 1954.
— *Id.*, "Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge*, 1936.
- INVREA, F., "Interesse e azione", en *Rivista di diritto processuale civile*, 1928.
- JAEGER, N., *Lezioni di diritto svizzero. Diritto pubblico e teoria generale*, Milano, 1951.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900.
- JERUSALEM, F.W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930.
- JESCH, D., "Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden", en *Juristenzeitung*, 1954.

- KAISER, S. y STRICKLER, J., *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berna, 1901.
- KELSEN, H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. ital. de COTTA, S. y TREVES, G., Milano, 1952.
- *Id.*, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft V, Berlin, 1929.
- *Id.*, “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, neue Folge, 1923.
- *Id.*, “La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle)”, en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928.
- KELSEN, H., FRÖHLICH, G. y MERKL, A., *Die Verfassungsgesetze der Republik österreich*, 5. Teil mit kommentarmüssigen Erläuterungen, Wien, 1923.
- KERN, E., *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München, 1954.
- *Id.*, *Gerichtsverfassungsrecht*, München, 1949.
- KIRCHHOFER, E., “Die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, neue Folge, 1936.
- KLEINRAHM, K., ver GELLER, G. y KIEINRAHM, K.
- KOTTGEN, A., “Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1954.
- KRATZER, J., “Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung”, en *Verfassung und Verwaltung*, Festschrift für W. Laforet, München, 1952.
- KÜNSSBERG (VON), E.F., ver SCHRÖDER, R. y KÜNSSBERG (VON), E.F.

- LAVAGNA, C., *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.
- LECHNER, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 1954.
- *Id.*, “Erläuterung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht”, en *Das Deutsche Bundesrecht*, Frankfurt, 1951.
- *Id.*, ver NAWIASKY, H. y LECHNER, H.
- LEUSSER, C., ver NAWIASKY, H. y LEUSSER, C.
- LEVI, A., *Teoria generale del diritto*, 2.^a ed., Padova, 1953.
- LIEBMAN, E.T., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952.
- LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, 2.^a ed., con Prefacio de CAPOGRASSI, G., Roma, 1950.
- MANGOLDT (VON), H., *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlín, 1953.
- MAUNZ, T., *Deutsches Staatsrecht*, 3.^a ed., München, 1954.
- MERKL, A., ver KELSEN, H., FRÖHLICH, G. y MERKL, A.
- MIELE, G., *Principi di diritto amministrativo*, 2.^a ed., Padova, 1953.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les Constitutions européennes*, I, París, 1951.
- MOREL, J., ver BLUMER, J.J. y MOREL, J.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., Padova, 1952.
- *Id.*, “La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità”, en *Justitia*, 1949.
- *Id.*, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946.
- *Id.*, “Sull’eccesso di potere legislativo”, en *Giurisprudenza italiana*, 1949.
- MUNZIGER, W., *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit*, Berna, 1871.

- NÄGELI, E., *Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815, Zürcher Dissertation*, 1920.
- NAWIASKY, H., *Bayerisches Verfassungsrecht*, München, 1923.
- NAWIASKY, H. y LEUSSER, C., *Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (Systematischer Überblick und Handkommentar)*, München, 1948.
- NAWIASKY, H. y LECHNER, H., *Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946. (Ergänzungsband zum Handkommentar)*, München, 1953.
- ORANTES, R.L., *El juicio de amparo*, 2.^a ed., México, 1951.
- ORLANDO, V.E., "La giustizia amministrativa", en el *Trattato dell'Orlando*, III, Milano, 1907.
- PERGOLESÌ, F., "Sul così detto 'Governo dei giudici'", en *Rivista di diritto processuale*, 1955.
- PFEIL, E., ver FUHR, y PFEIL, E.
- PHILLIPS, G.G., ver WADE, E.C.S. y PHILLIPS, G.G.
- PIERANDREI, F., *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940.
- PILOTY, R., ver SEYDEL (VON), M., GRASSMANN (VON), J. y PILOTY, R.
- PIOVANI, P., "La filosofia del diritto e la lezione di Hegel", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1954.
- POHLE, R., "Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess in Bayern", en *Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum 70 Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, 1949.
- *Id.*, *Bemerkungen über Verfassungsbeschwerde und Normenkontrolle nach Bundes- und nach Landesrecht aus anlass des Sozialisierungstreites*, Wiesbaden, 1953.
- PREIDIERI, A., ver BARILE, P. y PREDIERI, A.
- RABASA, E., *El juicio constitucional*, México, 1919.

- RAPPARD, W.E., *La Costituzione federale della Svizzera*, trad. ital. de BEELER, G.L., Locarno, 1948.
- *Id.*, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse”, en *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins*, 1934.
- REUDENTI, E., *Diritto processuale civile*, 2.^a ed., I, Milano, 1952, II, Milano, 1953; III, Milano, 1954.
- RICCOBONO, S., “Voz Aemulatio”, en *Nuovo Digesto italiano*, I, Torino, 1937.
- ROMANO, S., *Principii di diritto costituzionale generale*, 2.^a ed., Milano, 1946.
- ROMER, W., “Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”, en *Juristenzeitung*, 1951.
- ROSENBERG, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6.^a ed., München, 1954.
- ROTONDI, M., “L’abuso del diritto”, en *Rivista di diritto civile*, 1923.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.
- SATTA, S., *Diritto processuale civile*, 4.^a ed., Padova, 1954.
- *Id.*, *L’esecuzione forzata*, Milano, 1937.
- *Id.*, “Interesse ad agire e legittimazione”, en *Foro italiano*, 1954.
- SEYDEL (VON), M., GRASSMANN (VON), J. y PILOTY, R., *Bayerisches Staatsrecht*, I, Tübingen, 1913.
- SCHÄFER, H., “Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände”, en *Deutsche öffentliche Verwaltung*, 1951.
- *Id.*, “Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit”, en *Juristenzeitung*, 1951.
- *Id.*, ver SUSTERHENN, A. y SCHÄFER, H.

- SCHEUNER, U., "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das verfassungsrecht der Bundesrepublik", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952.
- *Id.*, "Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik" en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952.
- SCHINDLER, D., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge*, 1925.
- SCHOCH, G., "Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht (referat an der Tagung des schweizerischen Juristenvereins von 1886)", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge*, 1886.
- SCHÖNKE, A., *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7.^a ed., Karlsruhe, 1951.
- SCHRÖDER, R. y KÜNSSBERG (VON), E.F., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlín, 1932.
- SOLDAN, C., "Du recours de droit public au Tribunal fédéral", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge*, 1886.
- STENDARDI, G.G., *Libertà ed eguaglianza nello Stato democratico moderno*, Milano, 1953.
- STOLZ, O., *Grundriss der österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Innsbruck, 1951.
- STRICKLER, J., ver KAISER, S. y STRICKLER, J.
- SÜSTERHENN, A. y SCHÄFER, H., *Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz*, Koblenz, 1950.
- TENA RAMÍREZ, F., "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", en *México ante el Pensamiento Jurídico-Social de Occidente*. (Memoria de la Asamblea Anual del Consejo de l'Unión Internationale des Avocats). México, 1955.
- TORRENTE, A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1952.

- TRIEPEL, H., "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft V, Berlín, 1929.
- TRUEBA URBINA, A., *Nueva legislación de amparo. Doctrina y jurisprudencia*, México, 1951.
- ULBRICHT, I., *Das österreichische Staatsrecht*, 4.ª ed., Tübingen, 1909.
- ULE, C.H., "Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953.
- VIRGA, P., *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947.
- VITTA, C., *Diritto amministrativo*, 3.ª ed., I, Torino, 1948.
- VOGT, G., "Das eidgenössische Rekurswesen und dessen Reform", en *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, IV (1867-1868).
- WADE, E.C.S. y PHILLIPS, G.G., *Constitutional Law*, 4.ª ed., London, 1950.
- WEGENER, W., *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen, 1947.
- WIECZOREK, B., "Zur formellen Rechtskraft der Entscheidungen, insbesondere in ihrer Bedeutung für Rechtskraftatteste und für Verfassungsbeschwerden", en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1952.
- WILLIAMS, G., "Was bindet nach § 31 Abs. I BVerfGG?", en *Juristenzeitung*, 1954.
- WINTRICH, J., *Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage*, Regensburg, 1950.
- WOOD, V., *Due Process of Law, The Supreme Court's Use of a Constitutional Tool*, Binghamton, N.J., 1951.
- ZANOBINI, G., *Corso di diritto amministrativo*, 6.ª ed., II, Milano, 1952.
- ZWEIGERT, K., "Die Verfassungsbeschwerde", en *Juristenzeitung*, 1952.

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de Grández Gráficos S.A.C.
en octubre de 2010,*

por encargo de Palestra Editores S.A.C.

www.grandezgraficos.com

Teléf.:(511) 531-4658



tiempos del Constitucionalismo

En términos históricos, el Derecho Constitucional es una de las más jóvenes disciplinas jurídicas, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal. El mismo término "Constitución", en su sentido actual, encuentra su fundamento en las revoluciones que abren la Edad Contemporánea. Y es que sólo en este momento logran afianzarse las ideas de que el poder no está por encima del Derecho, sino que se somete a él; de que el Derecho no sólo es obra del poder, sino límite al mismo.

El objetivo de la presente Colección es contribuir a la difusión, en lengua castellana, de algunas "obras de referencia" del constitucionalismo, que son lectura imprescindible para cualquiera que desee aproximarse a esta disciplina y cuya vigencia actual es incuestionable, ya que los valores esenciales del constitucionalismo son irrenunciables para cualquier tipo de estructura política que se quiera establecer.

La jurisdicción constitucional de la libertad constituye una nueva edición de la traducción de *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)* (1955), realizada por el profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio para la Universidad Nacional Autónoma de México (1961). Se trata, sin duda, de uno de los trabajos pioneros, hoy convertido en un clásico del Derecho Procesal Constitucional, orientado a la indagación histórica de los procesos de tutela de los derechos fundamentales que tanto prestigio y desarrollo han alcanzado actualmente en todos los sistemas constitucionales. Cappelletti analiza en este estudio, con el rigor propio de la tradición de los grandes juristas, el origen de la *Verfassungsbeschwerde* en los ordenamientos, suizo, austriaco y alemán. Esta edición cuenta con la expresa autorización del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que nos la concedió expresamente su entonces director Diego Valadés, así como del traductor, Héctor Fix-Zamudio, a quienes reiteramos nuestro sincero reconocimiento.

ISBN: 978-612-4047-31-2



9 786124 047312