

CAPÍTULO I

PRECEDENTES SUIZOS HISTÓRICOS Y VIGENTES DE LA *VERFASSUNGSBESCHWERDE* (LA "*STAATSRECHTLICHE BESCHWERDE*" CONTRA LOS ACTOS LEGISLATIVOS, EJECUTIVOS Y JURISDICCIONALES DE LAS AUTORIDADES CANTONALES)

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. 17
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. 18
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". 19
6. Su dialéctica (funcionamiento). 27
7. Los efectos del recurso. 28

CAPÍTULO I

PRECEDENTES SUIZOS HISTÓRICOS Y VIGENTES DE LA VERFAS- SUNGSBESCHWERDE (LA STAATSRECHTLICHE BESCHWERDE CON- TRA LOS ACTOS LEGISLATIVOS, EJECUTIVOS Y JURISDICCIONA- LES 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 de 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 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 acu-

³⁷ El art. 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*, cit., pp. 27 a 45; HIS E., *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, II, Basilea, 1929, pp. 325 s.

saciones 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 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 jurisdiccional.⁴¹ Por ésta y por otras varias razones, también de carácter técnico-procesal,⁴² 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.

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*)

³⁹ V. 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 s., así como en KAISER S. y STRICKLER J., *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berna, 1901, pp. 298 s.

⁴⁰ Cfr. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 32; CHRISTINGER U., *Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde nach dem neuen OG vom 16. Dezember 1943*, *Berner Dissert.*, 1946, pp. 4 a 6.

⁴¹ GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 35. La interpretación del artículo 105 era además en el sentido, que solo contra los actos de los 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 s.

⁴² GIACOMETTI, *op. ult. cit.*, p. 36 ss.; MUNZIGER W., *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit*, Berna, 1871, p. 91.

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

el acto impugnado si resultaba lesivo de los derechos constitucionales del recurrente, inclusive los garantizados por las Constituciones locales.⁴⁴ Este control, que en mi opinión debe estimarse de naturaleza jurisdiccional, aunque ejercitado por órganos políticos,⁴⁵ 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 materia.⁴⁶

5. Esta tendencia fue acogida, al menos en parte, por la (todavía vigente) Constitución Federal Suiza de 29 de mayo de 1874,⁴⁷ que en su artículo 113, inciso 1º, núm. 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 algunos de los más

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

⁴⁵ V. *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.

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

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

importantes derechos y situaciones constitucionales del ciudadano,⁴⁹ pero después se ha ido restringiendo progresivamente,⁵⁰ 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, núm. 3, de la vigente Constitución 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 1848,⁵¹ sino también *legislativas*⁵² *cantonales*;⁵³ por consecuencia, es inadmisibles el recurso contra actos de autoridades federales, aunque la doctrina más autorizada deplora esta limitación.⁵⁴ Dicha interpretación queda confirmada por los trabajos preparatorios y se reafirma por las Ordenanzas Judiciales de 1874 (artículo 59), 1893 (artículo 178),

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 la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1886, pp. 532 ss.; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 39; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 882, en nota.

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

⁵¹ V. *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*, cit., pp. 41-43; 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.

y 1943 (artículo 84),⁵⁵ y ni siquiera en los primeros años fue controvertida o puesta en duda por la doctrina.⁵⁶ No obstante esta limitación, la importancia práctica y teórica del recurso por violación de derechos constitucionales del individuo, es puesta de relieve por toda la literatura y la jurisprudencia,⁵⁷ que ven en el mismo, un pilar fundamental para la realización del "Estado de De-

⁵⁵ GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, 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*, Tübingen, 1923, pp. 442 ss.; *contra*, GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 32 ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., pp. 6 s.

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 ss.; SCHOCH, *Der staatsrechtliche Rekurs*, cit., pp. 531 ss.

Por lo que se refiere en particular a los actos *legislativos* federales, el mismo artículo 113, inciso 3º 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 sólo 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 ss., 843 ss. y 930 ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 6; v. también POHLE R., *Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess in Bayern, Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg*, Munich, 1949, p. 192). Este sistema que está 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*, cit., p. 44; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., pp. 886 s.; v. también SCHLINDER D., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz* en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1925, pp. 19 ss.; RAPPARD, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, en la *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins*, 1934, pp. 36 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 1º, núm. 3 de la Constitución. V. también HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, 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.

diatamente, de la misma Constitución Federal, frente a los actos arbitrarios de los poderes locales.

recho" en Suiza, considerándolo como un firme baluarte del individuo, y me-

El fundamento del recurso, consiste, como se ha dicho, en la lesión de derechos subjetivos constitucionales (*verfassungsmässige Rechte*) del ciudadano;⁵⁸ y como 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 cantonales,⁵⁹ como por ejemplo, para citar sólo 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 4º 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 privado,⁶⁰ ha obtenido en Suiza (y ya está asumiendo en Alemania, como veremos) una importancia enorme y una eficacia concreta (*infra*, núm. 48). En efecto, a causa de una valerosa y flexible jurisprudencia del Tribunal federal, seguida por la doctrina más autorizada,⁶¹ el

⁵⁸ V. además el artículo 113, inciso 1º, n. 3 de la Constitución, el artículo 84, inciso 1º, letra a, *OG.*, de 1943; en doctrina KIRCHHOFER E., *Die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs*, en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, 1936, pp. 136 ss., especialmente en la p. 160; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 46 ss.; FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 882.

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

⁶⁰ V. *supra*, nota 29. V. también los autores citados por FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 411, en nota. Importante ensayo sobre el artículo 3º de nuestra Constitución es el de ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, en *La Costituzione italiana*, Padua, 1954, pp. 17 ss.; v. también STENDARDI, *Libertà ed eguaglianza nello Stato democratico moderno*, Milán, 1953, pp. 129 ss.; ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, en el *Annuario dell'Univ. di Pisa*, 1954-55, pp. 7 ss. del sobretiro. (ANDRIOLI considera los artículos 24 y 113 Const. Sobre el derecho de acción como una proyección del principio de igualdad.)

⁶¹ V. FLEINER y GIACOMETTI, *op. ult. cit.*, pp. 411 ss., y 814; quienes citan doctrina y fundamentalmente, jurisprudencia antigua y reciente del Tribunal Federal, también en

artículo 4º 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 arbitrarios.⁶² 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 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 federal.⁶³ Por tanto, esta jurisdicción da lugar (también) a un re-

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 GIA-COMETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶³ *Die Willkür erscheint als eine besonders qualifizierte Ungerechtigkeit bzw. Rechtsverletzung.* FLEINER y GIAOMETTI, *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., etc.; igualmente arbitrario será el acto 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

curso 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.

La lesión de un derecho constitucional (y por tanto la legitimación y el interés para obrar), está diversamente determinada 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 Federal,⁶⁴ 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

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 (v. la p. 26) 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). V. FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 885 s., 890 s.

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*, cit., pp. 322). Diversamente ocurre con la *Verfassungsbeschwerde* alemana; v. *infra*, núm. 25,

infracción de su derecho constitucional de participar en la función legislativa.⁶⁶ Si por el contrario, el recurso se dirige contra actos (cantonales) jurisdiccionales o administrativos, la lesión de un derecho constitucional propio del recurrente, deberá ser *actual y concreta*.⁶⁷ 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 constitucional.⁶⁸

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 citada).⁶⁹ De esto

⁶⁶ FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 893 s. V. también HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., pp. 10 s., 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*, cit., p. 161.

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

⁶⁹ Art. 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 Verbotes 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. 46, 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.) Art. 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 Bundesbehörde 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.] V. amplio comentario a estas normas en BIRCH-

se concluye que la *staatsrechtliche Beschwerde* tiene naturaleza subsidiaria *relativa* respecto a los medios de impugnación cantonales, y subsidiaria *absoluta* en relación a los medios de impugnación federales.⁷⁰ Esta subsidiariedad absoluta ha impedido que el recurso regulado por el artículo 113, inciso primero, núm. 3, de la Ley Suprema, se transforme, como en otros Ordenamientos,⁷¹ 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 violado.⁷² 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 locales.⁷³

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

MEIER W., *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, Zürich, 1950, pp. 305 ss. 345 ss.

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

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 s.

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

⁷³ Cfr. el art. 88 OG. En algunos casos la práctica ha reconocido la legitimación de la misma Federación, de los Cantones 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*, cit., pp. 179 a 184. Véase también *infra*, números 27 y 38.

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 recurso 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 tener conocimiento del acto violatorio.⁷⁵ 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 común.⁷⁶ 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 misma,⁷⁷ la que si bien ya no es impugnabile como tal, mediante el recurso de derecho público, permanece inconstitucional y por tanto, inaplicable.⁷⁸

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 *Vorprüfungsverfahren*, ante una comisión integrada por tres miembros de la "Sala de Derecho Público y Administrativo" del Tribunal Federal.⁷⁹ El examen preliminar puede ocasionar

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

⁷⁸ Diversamente de lo que sucede en el ordenamiento alemán (V. *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. V. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 11, y nota 41, p. 26.

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 1º 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 (art. 85 n. 4, 92 y 107 de la Constitución; artículos 1º y 5º OG); garantizándoles la ley, de diversas maneras, su independencia y autonomía. El Tribunal Federal tiene sede en Lausana (art. 19, párrafo 1º, OG); ejercitando raramente sus fun-

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 fundamento.⁸⁰ En caso contrario se inicia el procedimiento ordinario, en el cual, también en el período de instrucción (dirigida por un juez instructor, miembro de la propia "Sala de Derecho Público y Administrativo") predomina, como regla, la escritura,⁸¹ 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 necesario.⁸³

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 petendi*) y de las conclusiones (*petita*) expuestas por el recurrente. El acogimiento significa afirmación de la inconstitucionalidad del acto e implica la *casación* del mismo;⁸⁴ 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

ciones 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 (art. 12, párrafo 1º, 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: v. *infra*, n. 31.

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

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

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

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

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 realizar.⁸⁶ Se excluye en 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 daños.⁸⁷

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 impugnación.⁸⁸

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

⁸⁶ Sobre el 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*, cit., parágrafo 26, pp. 250 a 254; FLEINER y GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 897 a 899.

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

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

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