

CAPÍTULO IV

LA VERFASSUNGSBESCHWERDE EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

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.	63
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.	66
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.	70
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).	71
26.	Carácter subsidiario del recurso constitucional y excepciones a esta regla.	76
27.	El proceso con una sola parte; los llamados "terceros interesados".	77
28.	La relación de autonomía procesal y material entre la <i>Verfassungsbeschwerde</i> federal y las instituciones locales de carácter similar.	79
29.	Término para recurrir y requisitos de la interposición.	81
30.	Proceso de tipo inquisitorio (el principio de la <i>Offizialmaxime</i>).	82
31.	Examen sumario preliminar (sobre el proceso y sobre el fondo) y providencias cautelares.	84
32.	El pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal.	85
33.	Efectos del pronunciamiento; análisis de las disposiciones que los regulan: <i>a)</i> disposiciones generales.	86
34.	(Continúa) <i>b)</i> 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.	88
35.	(Continúa) efectos reflejos de la resolución de inconstitucionalidad 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.	91
36.	(Continúa) <i>c)</i> preceptos relativos al recurso contra actos jurisdiccionales y administrativos (eficacia casatoria de la decisión de acogimiento).	94
37.	Casación con y sin reenvío.	96
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.	97
39.	<i>Ne bis in idem</i>	103

CAPÍTULO IV

LA VERFASSUNGSBESCHWERDE EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

SUMARIO. 22.—*Le 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 Verfassungsklagenbeschwerde 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 Offizialmaxime).* 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 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.* 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 inadmisibles 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 des-

echada la propuesta de introducir esa institución en la Ley Fundamental.²³⁹ 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 19.²⁴⁰ El recurso constitucional fue establecido por los párrafos 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 1956.²⁴¹ Dicha ley entró en vigor el 17 de abril de 1951 y el Tribunal Constitucional inició sus labores en materia de *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) el 7 de septiembre del mismo año.^{242, 243}

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

²⁴⁰ Sobre el artículo 93, inciso 2º 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 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 párrafos, 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 párrafo 91, pueden leerse, por ejemplo, en MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 134; v. también LECHNER *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 269 ss., que igualmente sostiene la naturaleza diversa de las dos instituciones; y ROMER W., *Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* en la *Juristenzeitung*, 1951, p. 198. Citado de la doctrina llega a cuestionar inclusive hasta la legitimidad constitucional del citado párrafo 91; cfr. KOLLMANN, *Nochmals zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung*, en *Deutsche öffentliche Verwaltung*, 1951, pp. 154 ss., y SCHÄFFER, H., *Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände*, *ibid.*, 1951, p. 572.

²⁴² POHLE, *Bemerkungen*, 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 (párrafos 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 párrafo 1º 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 (párrafo 2º 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

El derecho de recurrir no constituye, por tanto, a diferencia de lo que sucede en Suiza, Austria y Baviera, un derecho constitucional (fundamental) del hombre, faltándole, lo mismo que al *Klagerecht* popular de Baviera,²⁴⁴ 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 tute-

(parágrafo 14 de la ley cit.). 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 6º de la ley); y la otra mitad por el *Bundesrat* mediante deliberación tomada por mayoría de dos tercios (parágrafo 7º de la ley); dichos jueces no pueden pertenecer ni a las Cámaras, ni al Gobierno de la Federación o de los Estados particulares (art. 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 3º 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 4º, inciso 1º de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*). El ejercicio de la función del juez en el Tribunal Constitucional Federal es incompatible con cualquiera actividad profesional, salvo la enseñanza del Derecho en una escuela superior (parágrafo 3º, inciso 4º, ley cit.); la duración del cargo es diversa (parágrafo 4º, incisos 1º y 2º, 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* (art. 38, parágrafo 1º 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 ss. de la ley) y por simple mayoría (parágrafo 15, inciso 2º 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 1º de la ley) (Cfr. BLOMEYER, *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, cit., pp. 1 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 2º). 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 1º, párrafo 2º); pero en este último caso, la decisión no tiene eficacia como declaración de violación de normas constitucionales o federales (parágrafos 15, inciso 2º, y 16, inciso 4º).

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

²⁴⁴ V. *supra*, núm. 21.

lar 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 adaptaciones.²⁴⁶

23. La función del recurso consiste pues en ofrecer al individuo una tutela jurisdiccional de sus "derechos fundamentales", frente a los poderes públicos; aunque no —a diferencia de cuanto se ha dicho respecto de Suiza, Aus-

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 ss., 324 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 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 el *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, pp. 12 ss., y por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 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*, cit., especialmente, p. 191; en relación al recurso federal, v. también POHLE, *Bermerkungen*, cit., pp. 45 a 48, quien revela el número siempre creciente de recursos constitucionales pendientes; en el mismo sentido ZWEIGERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, 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 aquéllos 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.

tria 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 1º a 19,²⁴⁷ así como respecto de algunos otros derechos y situaciones jurídicas constitucionales “equiparados” a los *Grund-*

²⁴⁷ Cfr. las sentencias del 10 de febrero y del 17 de junio de 1953 del Tribunal Constitucional Federal, citadas por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263. Entre los *Grundrechte* deben mencionarse el de libre desarrollo de la personalidad (art. 2º); de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley (art. 3º); de libertad de fe y de confesión (art. 4º); de libre expresión de las opiniones (art. 5º); derecho de reunión y asociación (arts. 8º y 9º); de libre elección de la profesión (art. 12); de inviolabilidad del domicilio (art. 13) y de la propiedad privada (art. 14); el derecho de petición (art. 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 *Verfassungsbeschwerde*. Así, por ejemplo, en la Constitución del *Land Thüringen* del 20 de diciembre de 1946 (art. 43) el control 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 *Oberlandsgericht*, 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 *Sachsen-Anhalt* de 10 de enero de 1947; 60 de la Constitución del *Land Sachsen* 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*, cit., pp. 87 s. En las cuatro leyes fundamentales alemanas mencionadas, así como también en la de *Brandenburg* de 6 de febrero de 1947 (art. 43, y no obstante que el artículo 37, inciso 1º, 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 *Thüringen*; 67 de la Const. de *Sachsen-Anhalt*; 67 de la Const. de *Sachsen* y 138 de la Const. de la República Popular).

rechte y que está expresamente previstos y enumerados mediante remisión a los preceptos constitucionales que los regulan, en el párrafo 90, inciso 1º de la Ley ordinaria citada.²⁴⁸ Estos últimos derechos y situaciones jurídicas, muy semejantes por su naturaleza a los clásicos derechos de libertad,²⁴⁹ 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 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 británico.²⁵⁰

²⁴⁸ Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes*, cit., p. 212, *sub I, a*.

El párrafo 90, inciso 1º 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.

²⁵⁰ Los incisos segundo y tercero del art. 104 establecen que sólo 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 policíaca, por su propio derecho, detener a una persona más allá del día siguiente de su arresto, sino que la consignará al juez,

Como ya se ha visto (*supra* núm. 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 también ²⁵¹ como el Tribunal de Karlsruhe ha sentido desde un 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 1º, inciso 3º, de la Constitución de Bonn ²⁵² 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 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 sucesivamente.²⁵³

quien deberá dictar inmediatamente una orden de detención o bien disponer que sea puesto en libertad. Sobre el *writ of habeas corpus*, v. por ejemplo, WADE E. C. S. y PHILLIPS G. G., *Constitutional Law*, 4ª London, 1950, pp. 342 ss.

²⁵¹ *Supra*, nota 30.

²⁵² *Supra*, nota 8.

²⁵³ Cfr. el fallo de 23 de noviembre de 1951 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en la *Amiliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 82; otras citas de jurisprudencia sobre los problemas tratados en el texto, en LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263 s. En resolución de 18 de septiembre de 1952 (*Amiliche Sammlung*, cit., I, p. 418), la misma Primera Sala ha estimado, por

24. De lo expuesto anteriormente se desprende que por lo que respecta a los derechos subjetivos tutelados, la *Verfassungsbeschwerde* de carácter federal, tiene 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 Estado,²⁵⁴ 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 jurisdiccionales²⁵⁶ y no sólo administrativos a diferencia

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 inmediatez, 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, v. también *supra*, nota 30.

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 1º 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, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 258.

²⁵⁶ Muy interesante es el intento de POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. 41 y ss., para demostrar que la *Verfassungsbeschwerde* (por lesión de *Grundrechte* de carácter sustancial, no procesal) es admisible sólo 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

de las Constituciones de Austria y Baviera,²⁵⁷ así como actos de autoridades tanto federales como locales, a diferencia de la Constitución Suiza.²⁵⁸ El recurso se considera asimismo admisible por la doctrina y por la jurisprudencia, contra el comportamiento omisivo de 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 ley.²⁵⁹

25. Legitimado para obrar es todo aquél (*jedermann*) que se afirme titular del derecho fundamental (o de otro derecho o situación constitucional equiparada), que haya sido lesionado por actos de la autoridad pública;²⁶⁰ 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 tutelados por la institución.²⁶¹ La infracción de la que nace el interés para obrar²⁶² debe consistir, como ya se ha visto,

una concepción “procesal” de la cosa juzgada, que todavía prevalece en la doctrina alemana (v. citas en POHLE, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss.; *adde* HEINITZ F., *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padua, 1937, pp. 60 ss.) y que no me parece aceptable; cfr. por ejemplo, las críticas de ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, pp. 3 ss.

²⁵⁷ Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., pp. 256, 258; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, 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* (V. también LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 261).

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

²⁵⁹ Cfr. LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 259; la citada sentencia puede verse en *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 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*, cit., p. 101; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 277.

²⁶¹ V. POHLE, *Bermerkungen*, cit., p. 32 s.; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 212 sub 3.

²⁶² Cfr. POHLE, *Bermerkungen*, cit., pp. 35 a 44. Este autor, siguiendo la doctrina

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

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*, 7º, Karlsruhe, 1951, pp. 167 s., 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*, 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; v. las claras observaciones de ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 3, Turín, 1955, pp. 271 ss., 373 ss. (CARNELUTTI abandona como anticuada la categoría de los presupuestos procesales. —V. la *Postilla* a SCHÖNKE, en la "Riv. dir. proc.", 1948, I, pp. 152 s.—, no obstante considero que dicha categoría debe conservarse porque sobre ella se puede desarrollar la distinción, establecida también por CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, nn. 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*, cit., I, n. 351; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2, I, Padua, 1943, pp. 125 ss.) Colocaría, repito, el interés para obrar, entre los requisitos de fundabilidad, estimándolo como *causa petendi*, o sea, como elemento causal, objetivo, del acto de demanda (V. CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, y *Teoria gen. del diritto*, cit., pp. 235 ss; también INVREA, *Interesse e azione* en la "Riv. dir. proc. civ.", 1928, I, pp. 320 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.

contraria a lo dispuesto por los preceptos sobre los derechos fundamentales o

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, SATTÀ 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, v. FURNO, *Appendice del Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, cit., especialmente en las pp. 311, 329, 334 y 348 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 s., y en la *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954, pp. 337 s.; 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 (art. 1322, inciso 2º, 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.*, 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

de otros derechos que hayan sido "equiparados" a los primeros.²⁶³ Y cuando el recurso está dirigido contra actos legislativos, no es suficiente tampoco la po-

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 (v. una tesis no muy diversa sostenida por SATTÀ en *L'esecuzione forzata*, Milán, 1937, pp. 10 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 ss.; CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, 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 acto (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; v. en sentido contrario ATTARDI, *L'interesse ad agire*, 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*, 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 s., 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* 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*, cit., p. 263. V. también POHLE, *Bermerkungen*, cit., pp. 35, 37 ss., quien afirma que la lesión debe afectar *den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar* estableciéndose los tres requi-

tencialidad 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 promovedante en forma inmediata. Esto es posible sólo cuando la ley, antes que limitarse a la creación, 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 particulares,²⁶⁶ 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 afecte.²⁶⁷

sitos 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 el *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 la *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 97. En la doctrina, POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 35, y LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 265.

²⁶⁶ Cfr. LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, POHLE, *Bemerkungen*, 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 ss.; y BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., pp. 263 ss., ambos con citas de jurisprudencia de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. V. también RABASA, *El juicio constitucional*, México, 1919, pp. 240 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*, 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). V. *supra*, n. 1.

²⁶⁷ Sobre la legitimación e interés para obrar respecto al recurso constitucional contra leyes en el derecho alemán, establece agudas distinciones HOLTKOTTEN, *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, en la *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, pp. 528, 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. V. también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 265.

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 Ley.²⁶⁸ 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 "actos de gobierno",²⁶⁹ únicamente contra resoluciones jurisdiccionales, y también contra actos administrativos, pero respecto de estos últimos, sólo 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 jurisdiccional.²⁷⁰ Otra consecuencia práctica del párrafo 90, inciso 2º, párrafo 1º, 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 mismo,²⁷¹ que no son impugnables— están sujetos al recurso.²⁷² No es obstáculo a este respecto que se trate de sentencia final o únicamente parcial.²⁷³

La Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional establece, sin embargo, una derogación a la disposición últimamente citada; en efecto, el propio párrafo 90, preceptúa en su párrafo 2º, que el presupuesto del *Erschöpfung*

²⁶⁸ Párrafo 90, inciso 2º, párrafo 1º de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*. Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 33; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 212 sub 2; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 266 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 inadmisibles 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*, cit., pp. 96 ss.

²⁶⁹ V. *supra*, nota 257.

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

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

²⁷¹ Cfr. la decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal, de 29 de noviembre de 1951, en la *Amliche Sammlung der Entscheidungen*, cit., I, p. 262 s.

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

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

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 instancia.²⁷⁵ 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 situaciones especiales, la indeferibilidad de la tutela misma (*supra*, núm. 1).

27. En la misma forma en que los procesos análogos bávaro y extranjeros,²⁷⁶ el federal alemán no tiene estructura necesariamente bilateral,²⁷⁷ lo que constituye también, como se verá (*infra*, núm. 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 *jurisdiccional*²⁷⁸ 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

²⁷⁴ Sobre el significado de estas fórmulas, v. los fallos del 18 de septiembre de 1952 y del 24 de octubre de 1951 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en la *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 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*, cit., pp. 269 s.

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

²⁷⁷ Cfr. GEIGER, *Kommentar*, 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 Art. 100 de la Constitución de Bonn, a instancia de los jueces, así como al instaurado en Baviera mediante la *Popularklage* (v. *supra*, n. 21).

²⁷⁸ V. *infra*, notas 327 y 365.

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, 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 "tercero interesado" pueda proponer en cualquier forma, verdaderas y propias demandas, tanto procesales como de fondo, a las cuales el juez tenga la obligación de proveer.²⁷⁹ 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 establecer.²⁸¹ Los llamados "terceros interesados" están enumerados por el párrafo 94, incisos 1º y 2º 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

²⁷⁹ Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 292; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 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 párrafo 20 de la ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, en virtud de lo afirmado, *infra*, nota 311).

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

²⁸¹ Párrafo 94, inciso 1º 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*, cit., p. 268 s.); el ejercicio de tal potestad por parte del Tribunal no es nunca obligatorio en cuanto a los "terceros no interesados" (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 273 s.). 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*, cit., pp. 84 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".

o a otro órgano no constitucional.²⁸² Nada dispone la Ley, 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 Constitucional,²⁸³ ni tampoco es necesaria su renuncia —a que se contrae el párrafo 25, inciso 1º de la Ley sobre el Tribunal Constitucional— para que se pueda omitir el debate oral de la causa.²⁸⁴

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 posterioridad.²⁸⁵ El párrafo 90, inciso 3º, 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 federal.²⁸⁶ Esta disposición debe re-

²⁸² Los "órganos constitucionales", explica LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 273 s., son el *Bundestag*, el *Bundesrat*, la "Comisión Permanente" de que habla el art. 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 (art. 97 de la Constitución de Bonn) de la independencia y autonomía de los jueces, es poco satisfactoria, aunque seguramente puede inferirse del párrafo 94, inciso 2º de la Ley. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 274.

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

²⁸⁴ V. *infra*, n. 32 y nota 311.

²⁸⁵ *Infra*, nn. 40-42. Sobre este tema. V. 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 s.; SCHÄFER H., *Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, en *Die Juristenzeitung*, 1951, p. 199 ss.; POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. 50 ss.

²⁸⁶ Párrafo 90, párrafo 2º: *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.)

lacionarse con la contenida en el artículo 142 de la Constitución de Bonn,²⁸⁷ 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 de los Estados de la Unión.²⁸⁸ 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 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 otro,²⁹⁰

²⁸⁷ Art. 142 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 art. 31, permanecen en vigor también las disposiciones de las Constituciones Locales, siempre que protejan los derechos fundamentales de acuerdo con los artículos del 1º al 18 de la presente Ley Fundamental.) El art. 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*.)

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

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

²⁹⁰ Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, 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*, cit., p. 139.

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 impugnado.²⁹¹

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 casos.²⁹² Tratóndose 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 en vigor antes del 1º de

²⁹¹ Así POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 54; HOLT KOTTEN H., *Erläuterungen im Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburgo, 1950, *sub art.* 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 ZWIEGERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 321, y KRATZER, *Art. 142 des Grundgesetz*, 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*, cit., p. 52, quien observa como 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 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 HOLT KOTTEN, *Erläuterungen*, cit., *sub art.* 142, LECHNER, *Erläuterung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, Das Deutsche Bundesrecht*, Frankfurt a. M., 1951, *sub parágrafo* 90, *Abs.* 3., y SCHÄFER, *Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 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*, cit., p. 259, y *Kommentar*, 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*, cit., p. 53).

²⁹² Cfr. LECHER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 272 s.; POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. 33 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 *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 415 y II, p. 105.

abril de 1951, eran impugnables mediante recurso constitucional, hasta el 1º de abril del año siguiente.²⁹⁴

El recurso se interpone por escrito en el cual el *Beschwerdefürer* (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 infracción.²⁹⁵

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 o desahogadas por el promovente.²⁹⁷ Por los motivos expresados en la Introducción (*supra*, núm. 1; ver también *infra*, núms. 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 verdad; ²⁹⁸ de los mismos fundamentos se desprende, además, la consecuen-

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

²⁹⁵ Parágrafo 92 de la ley cit. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 271.

²⁹⁶ Ni siquiera este vínculo será total, si se aceptase la tesis sostenida por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 276, el cual considera aplicable al proceso de referencia el parágrafo 78, párrafo 2º 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 1º, número 2 de la Constitución de Bonn; sin que hasta la fecha aparezca que la jurisprudencia se haya pronunciado sobre el particular.)

²⁹⁷ Cfr. ZWEIGERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 326; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 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 2º de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*, I, párrafos 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 párrafos 18 y 19 establecen las disposiciones relativas a las recusaciones y abstenciones de los jueces; en el

cia, 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 jurídicas,³⁰⁰ 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 constitucional.³⁰¹

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 tribunal.³⁰² 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 autoridades administrativas tienen la obligación de ponerse a disposición del *Bundesverfassungsgericht*, quien también puede ordenar declaraciones testimoniales y dictámenes periciales,³⁰⁴ puede disponer que las autoridades administrativas y judiciales presenten documentos,³⁰⁵ así como realizar inspecciones, ordenar interrogatorios y todo otro medio de prueba.

parágrafo 22 están, entre otras, las normas sobre la representación en juicio por un abogado o un profesor universitario de materias jurídicas; el parágrafo 23 trata de los escritos que pueden ser presentados en el curso del proceso; el parágrafo 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 párrafos 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* y *Dispositionsprinzip*, cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en los *Studi in onore di E. Redenti*, II. Milán, 1951, pp. 716 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 Párrafos 549, 554, 561 de la ZPO (ordenanza Procesal civil) alemana.

³⁰⁰ Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 266; GEIGER, *Kommentar*, cit., pp. 280 s.

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

³⁰² Parágrafo 26, inciso 1º de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*.

³⁰³ Parágrafo 27 de la ley cit.

³⁰⁴ Parágrafo 28 de la ley.

³⁰⁵ Parágrafo 26, inciso 2º 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

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, deseché en *vía preliminar* recursos *manifiestamente* inadmisibles o infundados, en tal caso, la decisión deberá tomarse por unanimidad y no requiere motivación.³⁰⁶

Otras importantes facultades reconoce la Ley al Tribunal Constitucional, en relación con providencias de urgencia³⁰⁷ y sobre el proceso;³⁰⁸ 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 formulado,³⁰⁹ y normalmente deja de surtir efectos en el término de 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,

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 2º 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*, cit., pp. 84 s.

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

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

³⁰⁸ Parágrafo 33 de la ley.

³⁰⁹ Cfr. sobre toda esta materia LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 184 s.

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 verdad.³¹⁰

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 final,³¹¹ y en tal caso la resolución 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 párrafo 30 de la Ley, en sesión secreta,³¹⁵ “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 partici-

³¹⁰ Párrafo 33, de la ley.

³¹¹ La renuncia —dispone el párrafo 25, inciso 1º— 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 esta palabra en las “disposiciones procesales generales” de la ley (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 163 s., 273-274). Los sujetos a los cuales alude el párrafo 94 son, en efecto, siempre y solamente *terceros*, mientras que por el contrario la palabra *Beteiligte* incluida en las disposiciones generales, se refiere únicamente a las partes.

³¹² Párrafo 25, incisos 1º y 2º de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht*. Sobre esta clase de resolución judicial, v. SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, cit., párrafo 70, especialmente, p. 287.

³¹³ LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 165.

³¹⁴ Párrafo 25, inciso 3º 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).

pado en todo el procedimiento.³¹⁶ 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 anglosajón.³¹⁷ Por regla general se exige la motivación de los puntos resolutivos,³¹⁸ 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 constitucional,³²⁰ eficacia que 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.

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

³¹⁷ LECHNER, *op. cit.*, pp. 173 s.

³¹⁸ Parágrafo 30, inciso 1º de la ley.

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

³²⁰ *Supra*, n. 1, pp. 1 ss. Consideraciones sobre las relaciones entre "finalidad" y "función", y entre ésta y "resultado", en polémica con BOBBIO (*Francesco Carnelutti teorico generale del diritto*, en *Giur. it.*, 1949, IV, pp. 133 ss.) e implícitamente con ALLORIO (*Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, en la *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, pp. 496 s.) se pueden ver en CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.*, 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 los *Saggi giuridici*, Milán, 1949, pp. 83 ss., especialmente p. 87. V. también *infra*, nota 391.

³²¹ El término es usado muy eficazmente, por ejemplo, por LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 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*, cit., pp. 44 y ss. V. *supra*, nota 105. Inadecuados, considerados aisladamente, sería 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 por el *Gundrecht* (*infra*, n. 38).

Las disposiciones que aquí nos interesan, están contenidas en los párrafos 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. 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 1º 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 *incidenter* (v. sobre este último a WILLMS G., *Was bindet nach Paragraph 31 Abs. 1 BVerfGG?* en la *Juristenzeitung*, 1954, pp. 525 ss. y JESCH D., *Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden*, *ibid.*, 1954, pp. 528 ss.).

La "eficacia vinculante" se considera diversa de la *materielle Rechtskraft*, autoridad de cosa juzgada material (cfr. BLOMEYER, *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfassungsrecht*, 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*, cit., pp. 176 ss.). Pero también los fallos (o las partes de 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 1º de la ley (cfr. entre muchos otros LECHNER, *op. cit.*, pp. 179 ss.; SCHEUNER U., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik*, en el *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, pp. 613 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 además, "el Tribunal Constitucional Federal, puede establecer en su decisión, quien la debe ejecutar; está 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 infringido.³²⁵

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 3º párrafo 1º, del parágrafo 95: "Si el recurso constitucional contra una ley es acogido, la ley deberá ser *declarada nula*."³²⁶ Esta *Nichtigerklärung* (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 autoridad.³²⁷

s., y v. también la decisión de 23 de noviembre de 1951 del Tribunal Constitucional, en la *Amiliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, 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 1º, 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").

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, v. *infra*, nota 342.

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

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

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

³²⁷ Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 276; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 296; este último autor sostiene además, contra el parecer del primero y el de POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 36, s., la aplicabilidad del parágrafo 31, inciso 2º, con la consecuencia de que la decisión con la cual se declare la nulidad absoluta de la ley,

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 párrafo 31, inciso 1º, 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 contenido.³²⁸ Y además, para 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 pa-

trará "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 párrafo 31, inciso 2º, 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*, cit. pp. 52 ss.); v. también KELSEN, *Teoria gen. del diritto e dello Stato*, cit., p. 209 s., en donde los mismos términos son usados con un significado diverso, v. también *infra*, nota. 365.

La "*Gesetzeskraft*" a que se refiere el párrafo 31, inciso 2º de la ley, es concebida como algo que se agrega a la *bindende Wirkung*" del primer inciso: consistirá, pues, en que la decisión 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 (V. LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., p. 181, según el cual, sin embargo, "prácticamente" la misma eficacia se alcanzaría mediante la *Bindung* de todos los órganos públicos, *ex* párrafo 31, inciso 1º de la ley; opinión que no me parece correcta).

³²⁸ V. la decisión de 23 de octubre de 1951, en la *Amiliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, 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 art. 134 y siguientes de la Constitución, debido al contraste con lo resuelto anteriormente". (MORTARI, *Sul pectesso di potere legislativo*, en la *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 458.)

rágrafo 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 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 1º 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 administrativo o jurisdiccional, derive de la aplicación o ejecución de una ley inconstitucional.³³²

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 atribuírsele la eficacia establecida por el inciso tercero, párrafo primero del párrafo 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* párrafo 95, inciso 1º, párrafo 1º), 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 párrafo 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*) 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 1º de septiembre de 1950, artículo, 23 inciso 3º; en la de la *Freie Hansestadt Bremen* de 21 de octubre de 1947, artículo 19; y finalmente la del *Land Hessen* del 11 de diciembre de 1946, art. 147; v. también *supra*, n. 21, texto y nota 230).

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

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

³³² Párrafo 95, inciso 3º, párrafo 2º (cfr. el primer párrafo *supra*, en la nota 326):

35. El párrafo 95, inciso tercero, contiene en su parte final, o sea, el párrafo 3º, un reenvío al párrafo 79 de la Ley,³³³ remisión que tiene aplicación tanto si la *Beschwerde* ha combatido directamente un acto legislativo —que es el caso reglamentado por el párrafo 95, inciso 3º, párrafo 1º— 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 3º, inciso 4º, de la Ley Italiana de 11 de marzo de 1953, núm. 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 párrafo 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 excepción de lo que se dirá a continuación respecto al párrafo 95, inciso 2º

Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäss Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem Verfassungswidrigen Gesetz beruht. (Lo mismo sucede cuando la reclamación constitucional tenga lugar de acuerdo con el inciso 2º, en virtud de que la sentencia revocada descansa en una ley inconstitucional.) Sobre la interpretación del *Abatz* 2 aquí mencionado, v. lo que a continuación se dice en el texto.

³³³ Párrafo 95, párrafos 2º y 3º: *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).

³³⁵ V. sobre esta norma y su carácter absolutamente excepcional, así como también acerca de las críticas relativas a su insuficiencia, CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 90 s. Nada dispone el artículo 30, inciso 4º, 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 Párrafo 79, inciso 1º: *Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer ge-*

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 ejecutadas.³³⁷ 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 767.³³⁸ 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 indebido;³³⁹ disposición esta última, que debe estimarse

mäss Paragraph 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den 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 1º y 2º del inciso 2º: *Im übrigen bleiben vorbehaltenlich 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 2º, 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; v. *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 inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal o por un Tribunal Regional Constitucional, cuando dicho fallo tiene carácter civil, v. ROSENBERG L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 6, Munich, 1954, p. 729, con citas de jurisprudencia.

³³⁸ Párrafo 79, inciso 2º, párrafo 3º: *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, regirá lo dispuesto por el párrafo 767 del mismo.)

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

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 fundamentales;³⁴⁰ este principio determina que no es posible, por medio de la *Verfassungsbeschwerde*, perseguirse 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 indirecta*.³⁴¹ 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 condena.³⁴²

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

³⁴¹ Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 296, LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 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 la *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 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 2º, que como se verá se refiere únicamente a actos, pero nunca a las omisiones; restaría sólo la posibilidad de obtener una simple declaración (*ex* Par. 95, inciso 1º), que no tiene verdadera eficacia. Verdad es que también los fallos *ex* par. 95, inciso 1º, adquieren la *bindende Wirkung* a que se refiere el Par 31, y les es además aplicable el parágrafo 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 parágrafos 31, inciso 1º, 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). V. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 191 s.

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 2º 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 2º, párrafo 1º." ³⁴³

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 juzgada, ³⁴⁴ 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 origen. ³⁴⁵

³⁴³ Par. 95, inciso 2º: *Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des Par. 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück.* Con la palabra *Entscheidung* se entienden tanto *Verwaltungsakte* (actos administrativos) (o sea, *Verwaltungsentscheidungen*), como *gerichtliche Entscheidungen* (resoluciones judiciales). (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 275; GEIGER, *Kommentar*, 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 1º de la Ley*), de lo cual se concluye que el recurso constitucional no es un *ordenliches Rechtsmittel* (recurso ordinario) (*supra*, nota 208, con relación al ordenamiento bávaro); v. para todo POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 25; WIECZOREK B., *Zur formellen Rechtskraft der Entscheidungen, insbesondere in ihrer Bedeutung, für Rechtskraftstatte und für Verfassungsbeschwerden in Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, pp. 6 s.

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*, cit., p. 280; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 264; cfr. también POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 24; en jurisprudencia; v. por ejemplo, la decisión de 11 de octubre de 1951 del Tribunal Federal Constitucional, en la *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 9). De modo que si por *impugnación* (contra sentencia) se entiende el acto que da lugar a la "renovación del procedimiento" (CARNELUTTI,

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 li-

Istituzioni, 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*, 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 los *Studi sul processo civile*, I, Padua, 1930, pp. 167 ss., especialmente en las páginas pp. 185 ss., 191 ss., 200 ss.), ejercicio autónomo y no "en vía de impugnación" (CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità*, en la "Riv. dir. proc.", 1951, pp. 112 s.; en la terminología carmelutiana se podría hablar de invalidación no absorbida por la impugnación: *Teoria gen. del diritto*, cit., pp. 348 y 342; *Istituzioni*, cit., I, pp. 377 s.).

Por el contrario, sería impropio hablar de una *actio nullitatis* (sobre este concepto, v. CALAMANDREI, *Sopravvivenza*, cit., pp. 114 y 116 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.

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*, cit., pp. 204 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* (art. 100, inciso 1º 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*, cit., pp. 51 ss. y 85); ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, especialmente en las páginas 271 y ss.

bertad del hombre; pero si esta situación es bien comprensible en un Ordenamiento liberal en el cual 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 casatorios.³⁴⁶

37. En el caso de que la *Verfassungsbeschwerde* tenga por objeto un acto administrativo confirmado por sentencia también administrativa, la eficacia anulatoria obra principalmente sobre el primero,³⁴⁷ 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

³⁴⁶ Sobre la *Kassationsbefugnis*, potestad de casación concedida al Tribunal Constitucional Federal (a diferencia del bávaro: *supra*, n. 20), por el parágrafo 95, inciso 2º de la ley, cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 25; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 294; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 274; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde*, 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. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 80 ss., quien hace un comentario de los artículos 15 y ss. de la Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87.

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

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

³⁴⁹ *Supra*, n. 26.

también puede serlo otro juzgador, cuando el juez del conocimiento hubiese afirmado erróneamente la competencia de los jueces ordinarios frente a los administrativos,³⁵⁰ y excepcionalmente también 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 fondo.³⁵¹ Pero en los casos en que por el contrario, por virtud de la excepción admitida en el párrafo 90, inciso 2º, párrafo 2º de la Ley,³⁵² de que el *Rechtsweg* no haya sido agotado, el proceso volverá a tomar "automáticamente" su curso, por el sólo hecho de la casación constitucional, ante el Tribunal cuya resolución ha sido anulada, sin necesidad de expreso reenvío.³⁵³

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 (*personae*) frente al precedente proceso civil, penal o administrativo, es no sólo susceptible de producir la casación de la resolución impugnada con eficacia (fundamentalmente) entre las partes de la causa originaria,³⁵⁴ 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 expreso.³⁵⁵

Y esta no es, como se ha visto en el estudio hasta ahora realizado, sino

³⁵⁰ Algunos autores (GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 295; ZWEIGERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 327; v. también LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit. p. 275), sostienen que el párrafo 95, inciso 1º, alude sólo a la 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 V. *supra*, n. 26.

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

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. V. para todo a REDENTI, *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"; v. *supra*, nota 345.

una de las muchas peculiaridades del proceso constitucional —debe recordarse especialmente la estructura "con una sola parte",³⁵⁶ la gratuidad del mismo proceso,³⁵⁷ la prevalencia del principio de la investigación oficial de la verdad, además de otras modalidades esenciales relativas a los poderes discrecionales, 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*, núm. 1) y cuya tutela, que es de interés general, no obstante que inicialmente se confíe 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 sólo 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 penal,³⁵⁸ 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".

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 (órganos),^{359 bis} que actúan por el mis-

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

Esta unidad 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*, cit., p. 85.

³⁵⁷ V. *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} V. *supra*, nn. 26 y 31.

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

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

mo 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 el predominio de un interés privado o individual sobre

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*, cit., pp. 94-110, y 185 ss., especialmente en las páginas 195 ss., y 201 ss.; así como FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 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" (V. p. 204).

CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., pp. 118 s., 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 HERRNITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, p. 72, que distingue entre *Staatsgewalt* y *Rechtsordnung*— y resuelve de este modo las dificultades de la llamada "teoría de la autolimitación" (sobre la cual, v. para todo a PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., pp. 77 ss., 82 ss.) Sin embargo, para ser consecuente, la doctrina carnelutiana 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 carnelutiana del derecho de acción, entendido como derecho, no hacia el Estado, sino hacia el juez (*Istituzioni*, cit., I, n. 206).

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

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, desapplicación, 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 sola;³⁶¹ 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 inte-

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

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

reses 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 sólo 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 particular.³⁶²

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 irresponsabili-

³⁶² Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, I., nn. 4 ss., 18 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civ.*, 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. 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*, cit., pp. 84 y s.

dad constitucional de algunos órganos, tales como el Jefe del 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, en la obligación de otros órganos no responsables,³⁶⁴ 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 sólo 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 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 individuales.³⁶⁵

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.

³⁶⁴ KELSEN, en la *Teoria gen. del diritto e dello Stato.*, 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. Una 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 (...)".

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 lo haya solicitado, proponiendo sus ra-

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—, 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 sólo 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 sólo hay (necesariamente) un recurrente, y eventualmente uno o más "terceros" ("interesados" o "no interesados" en el proceso) (*supra*, núm. 27). La dificultad es superada, sin embargo, por la doctrina, la que estima que debe referirse al objeto ("contra el

ziones. Cfr. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 52, 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*, cit., p. 717. Traducción española citada en la nota 298.

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*, cit., pp. 199 y 276. Para la disposición análoga que existe en el derecho bávaro, v. *supra*, n. 19. V. también la nota 322.

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 Tribunal.³⁶⁸ 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, v. 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.