

CONCLUSIONES

43. Fines y efectos metajurídicos de la institución: la *Verfassungsbeschwerde* como "coronamiento del Estado de Derecho". La exigencia ética y económica de la igualdad y dignidad humanas, como causa (elemento) de todo acto de imperio; el acto arbitrario como abuso del poder (acto ilícito), sujeto al conocimiento de la justicia constitucional de la libertad. 111

CONCLUSIONES

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

43. Se quiere poner de relieve, en estas conclusiones, lo que puede llamarse el concepto inspirador de la institución estudiada. Se alude no tanto a la naturaleza de la *Verfassungsbeschwerde* como derecho, sino como acto de ejercicio de un derecho que es a veces "constitucional" como en Austria, Suiza, Baviera y en el Palatinado, y otras simplemente "ordinario"; y tampoco se refiere a las particularidades, siempre muy interesantes, del procedimiento y de sus resultados jurídicos, sino a las finalidades y a los resultados políticos, sociales y éticos de la institución,³⁹¹ en vista de los cuales se determinan su estruc-

³⁹¹ V. *supra*, nota 320.

Me parece que el estudio del derecho no puede prescindir del de la función de las normas y de las instituciones estudiadas, y si por función se entienden los valores o fundamentos de vida de las instituciones mismas, fundamentos (culturales, económicos, políticos, etc.) que están comprendidos en ellas y les hacen subsistir, o sea, que son "causa", concepto evidentemente diverso del de los fines que los particulares pueden cada vez proponerse por medio de la institución, v. *supra*, nota 262.

No creo que esta opinión sea afectada por la crítica dirigida en nombre de la *objetividad de la ciencia*" y según la cual el jurista, como todo científico, tiene "el deber de conocer la realidad y no de valorizarla" (v. el reciente y vigoroso ensayo de BOBBIO, *La teoría pura del diritto ed i suoi critici*, en la "Riv. trim. di dir. e proc. civ.", 1954, pp. 356 ss., especialmente en las páginas 357 a 368; las palabras subrayadas están en la página 357). Esta afirmación me parece justa si pretende limitarse a sostener que realiza obra científica quien, habiéndose propuesto el objeto de perseguir (por ejemplo la difusión de una fe o de una idea, o la afirmación de un partido), valore, o sea, apruebe o condene la institución con base en su eficacia funcional en relación con estos fines. Tal manera de juzgar no es científica, y su valor (inmediato) no es de juicio sino de acción, porque el juicio no es condena o aprobación sino conocimiento de la cosa en cuanto es y cómo es (y por tanto conocimiento de la cosa en sus —imprescindibles— razones de ser, lo que excluye en todo caso una posibilidad de condena).

Pero si, por el contrario, con dicha frase se quisiese también significar que el cien-

tura y su funcionamiento. Me parece en suma que en la *Verfassungsbeschwerde* puede verse verdaderamente, como lo estima LECHNER, el "coronamiento del

tífico no debe (o sea, que la ciencia no consiste en) investigar el valor intrínseco del sujeto estudiado, su razón de vida así como sus cambiantes (históricas) razones de vida; si se quisiera, en suma, clamar por la "ciencia pura", excluyendo no sólo las "ideologías" que están *fuera* del objeto estudiado, sino también el juicio sobre su valor, o sea, el conocimiento de las razones históricas del mismo objeto, creo que no podemos adherirnos a dicha concepción.

La ciencia del derecho no es, a mi modo de ver, otra cosa que una rama de la "historiografía", es decir (y más particularmente) del estudio del hombre, entendido no como individuo reconcentrado (o *mónada*), sino como proceso, o sea, como serie de actos y por tanto de relaciones, prácticas y teóricas, que el individuo enlaza con los otros individuos y con la llamada naturaleza; y la Historiografía es ciencia precisamente en cuanto juicio, es decir, en cuanto conocimiento del objeto (humano) en su realidad viviente, y por tanto, en sus valores y fundamentos (deben recordarse las fórmulas de Vico y Hegel sobre la racionalidad de la vida, fórmulas que como anota GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Turin, 1953, p. 287, GIOBERTI ha hecho remontar a TERTULLIANO, *De anima*, 16).

Toda rama de la Historiografía estudia, en verdad, todo el hombre; y así no es exacto, me parece, que la Estética, o sea, la historia (juicio) del arte, estudie solamente obras de arte, y la Historia de la Filosofía únicamente las obras de los filósofos, o que la "Economía" considere solamente otro "pedazo" del hombre, o sea, al *hombre económico*. Todo acto "utilitario" o "artístico" o "de pensamiento" forma parte de lo que en los años (hace poco) pasados, se definía como la "circularidad del espíritu", comprensivo de todo valor; el acto económico implica también la imagen y el pensamiento, y así el acto de pensamiento es también acto económico, o sea, afirmación de conveniencia, y acto estético (expresión, lenguaje), y así sucesivamente (elijo, entre las diversas citas posibles, la de CROCE, *Filosofía della pratica*, 6, Bari, 1950, pp. 21 ss., y *La storia come pensiero e come azione*, 4, Bari, 1943, pp. 27 ss.). No considero verdad, por tanto, que la (Historiografía) jurídica, o sea, la ciencia del derecho, estudie una sola parte del proceso-hombre; que estudie, por ejemplo, únicamente la norma, es decir, el acto de establecer el mandamiento contenido en la norma, sus efectos y sus relaciones; al contrario, ella estudia todo el proceso, en su aspecto tanto estático (las relaciones) o dialéctico (los actos), así como bajo el aspecto (valor o categoría) de la juridicidad, esto es, según mi opinión, de su *conformidad a un imperativo social mudable impuesto por la historia* (que equivale a decir, del "hombre colectivo"; concepto que superando el de "clase dominante", implica el de la fusión de todas las fuerzas). Pero aun cuando el estudio quisiese limitarse a la norma —como lo haría, por ejemplo, la ciencia *general* del derecho, según BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 370— no obstante que en tal caso la norma no sería entendida sino como acto y relación humanos y por tanto en su racionalidad (condiciones y fuerzas de las cuales ha surgido, razones diversas de su persistencia o evolución, y así sucesivamente); así como el análisis de la norma, en suma, es estudio histórico, quedaría, sin embargo por ver —y aquí se podría medir la validez y la autonomía de la "juridicidad" como categoría (predicado) "eterna y universal" del espíritu— si por el contrario *todo* acto humano no es (además de pensamiento, lenguaje, actividad económica y ética) también norma jurídica, o sea, imperativo social, lo que se podría afir-

Estado de Derecho".^{392, 393} Dicho recurso es, no solamente, como se ha demostrado, un medio capaz de *hacer efectivos* los "derechos fundamentales", o sea, todas las "situaciones subjetivas fundamentales", no obstante que las disposiciones constitucionales, en las cuales ciertas situaciones han sido establecidas, aparezcan como simples enunciaciones de programa;³⁹⁴ sino esencialmente

mar sobre la base de la concepción plurilateral de los ordenamientos en virtud de la cual puede decirse que todo acto posee su validez y eficacia en relación con un ordenamiento por él postulado (y creado o vuelto a crear).

Por otra parte, de cualquier manera, debe admitirse a este respecto la duda sobre la explicación, la afirmación y la autonomía de la "categoría" de la jurisdicción; que el estudio de una institución, vigente o pasada, significa estudio de las exigencias humanas, o sea, de las fuerzas, que más o menos cambiables, nuevas o antiguas, lo han hecho nacer y sucesivamente lo han sostenido, transformado o suprimido. Y también cuando la institución sea examinada tanto estática como en movimiento —como es *actualmente*, por ejemplo, y no además, en su "historia" pasada—, también en tal caso, el estudio es histórico, en cuanto el objeto analizado en su vida actual, es decir, en un momento de su historia.

³⁹² No hablo aquí de un determinado tipo, históricamente realizado, de "recurso constitucional" y por tanto de "jurisdicción (especial) constitucional de la libertad"; sino —por así decirlo— de la institución en sí, es decir, de la idea de crear un instrumento procesal-constitucional de tutela de los "derechos fundamentales del hombre", idea que fue intuida y realizada ya en la antigua Grecia y particularmente en el ordenamiento democrático ateniense posterior a las reformas de Solón y de Clístenes, especialmente mediante la institución de la *éfezis eis tò dikastérion* (recurso al tribunal), como pretendo exponer en el estudio sobre el amparo mexicano. Un instrumento, en suma, a través del cual pueda actuarse una protección *diferenciada* de aquellos derechos, con el resultado, además, de hacer patente, también en la conciencia del "hombre de la calle", su preminencia sobre cualquier otro derecho y su irrenunciabilidad. (Recuerdo que en la doctrina constitucional mexicana, los artículos de la Constitución relativos a los derechos fundamentales son denominados *superartículos*, precisamente para poner en evidencia su preminencia sobre cualquier otra norma.)

³⁹³ La definición de LECHNER está en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 45 y 256; v. también SCHEUNER U., *Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik*, en el *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, pp. 293 ss. En forma similar se expresan sobre el recurso de derecho público suizo, FLEINER y GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 898 (v. *supra*, n. 5).

³⁹⁴ V. Principalmente el n. 1, pp. 1 ss (especialmente la nota 8). En la eficaz terminología adoptada por LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. ital.*, cit., pp. 8 ss., se podrá decir que a través del recurso constitucional, todas las situaciones son configuradas como "situaciones directamente garantizadas" y "accionables", puesto que el mismo sujeto interesado, está en posibilidad, mediante el ejercicio del derecho de acción, de promover siempre la tutela jurisdiccional. (Es la transformación que BURGOA, *El Juicio de Amparo*, cit., p. 258, denomina del *mero derecho declarado en derecho garantizado*.) Es conveniente en este lugar reafirmar cuanto ya se ha establecido al inicio de este trabajo: que solamente donde exista una eficaz jurisdicción constitucional de la libertad, las situaciones

como un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, porque por virtud del recurso, el ciudadano, o más bien, la persona, es o puede convertirse en moderadora de toda función pública, allí donde, como en la Federación Helvética y en la República Federal Alemana, frente a todos los poderes —legislativo, político, administrativo, jurisdiccional— la institución es operante. Por virtud del recurso, se abre al individuo la posibilidad de convertirse en la manera más directa, factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Y si se me permite la imagen, una especie de reglamento de confines, al lado de la cual me encuentro yo, hombre, yo, libertad; si el Estado entra y realiza un acto abusivo, me afecta tanto a mí como a sí mismo. Porque me reduce, si no me opongo, a una condición de falta de libertad, y por tanto de carencia de humanidad, y se transforma en negación del derecho y del Estado.³⁹⁵

Debe recordarse cómo, precisamente, la institución surgió, por vez primera, bajo la forma de una tentativa más o menos revolucionaria, tanto en Alemania (en la Constitución de la *Paulskirche*) como en Suiza, con motivo de los movimientos libertarios y constitucionalistas de los años 1848-1849; cómo la reacción producida con posterioridad y que prevaleció en la segunda mitad del siglo XIX, produjo (al menos en la práctica) su ineficacia; y cómo en estos

subjetivas activas fundamentales podrán asumir siempre la figura de verdaderos y propios derechos (escriben NAWIASKY y LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, cit., p. 202, que: "solamente a través del recurso constitucional los *Grundrechte* adquieren plenamente el carácter de derechos subjetivos"); y las normas sobre los derechos fundamentales, los cuales aún sin constituir *ein blosses Programm*, sin embargo *klingen wie ein Programm*, como hace notar HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., pp. 17 s.; podrán tener la eficacia de *unmittelbar geltendes Recht* (de un derecho inmediato y vigente) (como se expresa en el artículo 1º de la Constitución de Bonn).

³⁹⁵ SCHILLER (*Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon*, vol. X, p. 247, de los *Sämliche Werke in 12 Bänden*) atribuye a Licurgo, las siguientes frases: *Alles darf dem Besten des Staates zum Opfer Gebracht werden, nur desjenige nicht, dem der Staat selbst nur als ein Mittel dient. Der Staat selbst ist niemals Zweck, er ist nur wichtig als eine Bedingung, unter welcher der Zweck der Menschheit erfüllt werden kann, und dieser Zweck der Menschheit ist anderer als Ausbildung aller Kräfte des Menschen. Fortschreitung. Hindert eine Staatsverfassung, dass alle Kräfte, die im Menschen liegen, sich entwickeln, hindert sie die Fortschreitung des Geistes, so ist sie verwerflich und schädlich, sie mag übrigens noch so durchdacht und in ihrer Art noch so vollkommen sein.* (Todo puede sacrificarse al bien del Estado, salvo aquello a lo que el Estado mismo debe servir, a manera de instrumento. Porque el Estado no es jamás el fin, ya que asume importancia solamente como condición bajo la cual el fin de la humanidad puede ser alcanzado. Y esta finalidad no es otra cosa que la educación de todas las fuerzas del hombre y su desarrollo: si la Constitución de un Estado impide que estas fuerzas, latentes en el hombre, se desarrollen, si impide el progreso del espíritu, ella es reprochable y perjudicial, aun cuando pueda ser obra de profundo pensamiento, y en su género, perfecta.)

últimos años, por un fenómeno dialéctico de contraposición al precedente sistema ético y político, ha surgido de nuevo a la vida donde había sido suprimida, o sea, en Austria y en Baviera, y ha nacido también allí donde era ignorada antes de 1933, en el Palatinado y en Hesse y, finalmente, en la misma República Federal Alemana. Ciertamente, la vitalidad presente y futura de la institución está ligada a los factores más diversos entre los cuales no es el más importante el estar previsto en una disposición legal. Es importante, sobre todo, la conciencia de quien se debe servir de la institución; el sentido de responsabilidad y de libertad de los individuos; es decir, que requiere, para formarse, una larga experiencia, alimentada por las luchas de los prácticos y por las fatigas de los estudiosos. Nosotros hemos observado en la institución federal alemana, los lineamientos de un instrumento nuevo, creado hace poco tiempo y que todavía carece de una vigorosa vida efectiva; deben recordarse a este respecto, para comprender las dificultades entre las cuales se debate, las cifras absolutamente irrisorias de los recursos acogidos en sus comienzos,³⁹⁶ comparadas con aquéllas, bien distintas del recurso suizo, que se ha ido imponiendo a través de una vida de largos decenios.³⁹⁷ Pero no es dudoso, que así como ha sucedido en Suiza,³⁹⁸ el número de recursos esté destinado a cambiar en Alemania, especialmente por lo que se refiere al órgano decisorio, que por lo que concierne a los ciudadanos que a él recurren, son ya suficientemente significativas y ya están en posibilidad de demostrar la confianza del individuo en la nueva institución.

Solamente a través de una laboriosa experiencia es como podrá formarse, principalmente, una jurisprudencia vívida, que sepa conseguir y consolidar, poco a poco, nuevas conquistas. Puesto que los "derechos fundamentales", son genéricos y abstractos, como necesariamente están formulados en las Cartas Constitucionales,³⁹⁹ más que por obra del teórico pueden ser afirmados, valorizados, o sea, transformados en positivos y concretos, fundamentalmente por la obra práctica y cotidiana de los jueces, para quienes no será fácil establecer en los primeros momentos, por ejemplo, que el acto "arbitrario", "totalmente injustificado", "gravemente inicuo" de una autoridad, es acto lesivo del derecho fundamental de igualdad frente a la ley —entendiendo así este principio generalísimo de la igualdad como precepto válido inmediatamente y para todos los casos de la vida constitucional; el precepto de la *causalidad*, es decir, de la

³⁹⁶ V. *supra*, nota 246.

³⁹⁷ *Supra*, nota 57.

³⁹⁸ *Supra*, n. 3.

³⁹⁹ V. *supra*, nota 394. La afirmación vale también para el derecho constitucional de los Estados Unidos; cfr. ADAMS J. C., *Il diritto costituzionale americano*, Florencia, 1954, pp. 116 s.

funcionalidad constitucional de todos los actos de imperio, la prohibición por tanto de todo *exceso de poder constitucionalmente relevante*—; ⁴⁰⁰ pero cuando

⁴⁰⁰ En la doctrina italiana se controvierte si el recurso de constitucionalidad de las leyes realizado por la Corte Constitucional, podrá extenderse también al exceso de poder; me limito a recordar las autorizadas opiniones de MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, cit., pp. 457 s.; de CARNELUTTI, *Il giudice e la lex in fraudem legis*, cit., pp. 12 s. (que considera justamente el fenómeno de la *causa* como "requisito de todo acto jurídico"; de CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., pp. 22 ss., y *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 94-99; de ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, cit., pp. 302 ss. (donde impropriamente, a mi juicio, se habla de *motivos* más bien que de *causa*, conceptos, que son, el primero subjetivo y el segundo objetivo: v. *supra*, nota 262); y de BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pp. 180 ss. (el cual, no obstante, establece restricciones que no pueden considerarse aceptables); y todos estos autores concuerdan, con excepción de ESPOSITO, en afirmar que el exceso de poder legislativo está sujeto al recurso constitucional.

En la mencionada Constitución de *Rheinland-Pfalz*, se establece expresamente en el artículo 17, la prohibición "a las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de favorecer o perjudicar *de modo arbitrario* a individuos o grupos de individuos"; cfr. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3º de la Costituzione*, cit., pp. 26 s., en nota. En este último ensayo, ESPOSITO precisa y en sustancia, reafirma su pensamiento, del cual me veo en la necesidad de disentir, pero que debe tenerse muy en cuenta. Me parece que las objeciones de carácter teórico, afirmadas con extrema energía por el ilustre autor, pueden superarse por las consideraciones hechas, por ejemplo, por CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, y *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 241 ss., según las cuales la causa —o "fin"— es un elemento de todo acto, del mismo modo que la voluntad y la forma (que corresponde, sobre el plano de la "estática", a la causa o interés como elemento de toda relación jurídica, y por tanto de toda potestad, derecho o facultad); por consiguiente, no puede jamás negarse la admisibilidad de una investigación sobre la causa, entendida en el modo como objetivamente se configura en el ordenamiento; de este modo las objeciones eventuales de orden pragmático —creación de un "gobierno de jueces", etc—, están destinadas a encontrar sobre el mismo plano de la oportunidad práctica, respuestas válidas; como aquella —que puede conducir también a algunas consideraciones importantes hechas por BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 80 ss.—, de que solamente donde la misma mayoría parlamentaria (y por tanto el poder legislativo y ejecutivo; en tanto que por el contrario la mayoría misma no se refleja, otro tanto e inmediatamente sobre el poder judicial) se sujeta a tales limitaciones, existe no sólo Estado democrático sino Estado "democrático" y *de derecho*.

A mi modo de ver, la eficacia del art. 3º de la Constitución italiana, no radica tanto en haber codificado, "constitucionalizado", el principio de la causalidad, o sea, de la funcionalidad de los actos, lo que no era necesario, sino en la de haber establecido un criterio positivo, e inmediatamente aplicable para el Estado, es decir, para *todos* los órganos del Estado, en la determinación de la causa o función, la cual ha sido fijada para todo acto de imperio, salvo una posterior y más específica —típica— determinación constitucional, en la realización de la igualdad y de la semejante dignidad social de los ciudadanos, y en la eliminación de los "obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno des-

un juez lo haya establecido una vez, deducido de las circunstancias excepcionales del caso, por el carácter "manifiesto" de una injusticia, de otra manera irreparable, lo determinará posteriormente de nuevo, y lo decidirán otros jueces junto con él, y así se formará una espléndida y lozana jurisprudencia, como se ha formado por ejemplo en Suiza ⁴⁰¹ por obra del Tribunal Federal o en América por la *Supreme Court* estadounidense, ⁴⁰² y que bajo diversas y más limitadas formas, tampoco ha sido ignorada totalmente en el ordenamiento italiano. ⁴⁰³

Es por estas razones, que sin olvidar las voces menos optimistas como la

arrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (se recuerda a este propósito una tesis fundamental de ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique, livre II, chapitre XI: Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'état; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle*). A quien lamentase la generalidad de estas proposiciones, se le responderá que precisamente por dicha generalidad requieren una garantía, la cual, para ser eficaz, debe asumir necesariamente la naturaleza de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con los lineamientos especiales que se han mencionado (v. principalmente, *supra*, nn. 1 y 38).

⁴⁰¹ V. *supra*, n. 5. Para el derecho bávaro, *supra*, nota 133. El principio de igualdad (art. 3º, inciso 1º de la Constitución de Bonn) no constituye una prescripción simplemente programática, sino inmediatamente obligatoria para toda autoridad pública (no sólo para el legislador) y fuente de derechos fundamentales en beneficio del sujeto particular frente al Estado, puesto que ha sido, al menos implícitamente reconocido más de una vez por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, el que ha iniciado, además, la labor de concretización del principio mismo; por ejemplo, con la afirmación de que el propio principio no puede considerarse lesionado por el solo hecho de que en la decisión de un órgano judicial, una norma jurídica sea interpretada de manera divergente respecto de la interpretación acogida en las decisiones de otros jueces; cfr. *supra*, los números 23 y 23.

⁴⁰² Es universalmente conocida la grandísima importancia adquirida, por obra de la interpretación jurisprudencial, del *due process clause* de la Constitución estadounidense —derivada del principio inglés de la *rule of law*— y análoga cláusula del *debido proceso legal* de muchas Constituciones latino-americanas. V. el reciente volumen al cuidado de CAHN E., *Supreme Court and Supreme Law*, Bloomington, 1954, y el artículo de COURTNE E. J., *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, en la "Riv. dir. proc.", 1954, I, pp. 81 ss. Cfr. también WOOD V., *Due Process of Law, The Supreme Court's Use of a Constitutional Tool*, Binghamton, N. Y., 1951.

⁴⁰³ Se piensa en la teoría del "exceso", entendido también como "desviación" de poder, elaborada a través de una interpretación de varios decenios por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y posteriormente por el nuestro, también con el significado de prohibición de la "injusticia manifiesta": ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, en el *Tratato dell'Orlando*, III, Milán, 1907, p. 800 ss.; ZANOBINI, *Corso di dir. amministrativo*, 6, II, Milano, 1952, pp. 141 y ss.; VITTA, *Diritto amministrativo*, 3, I, Turín, 1948, pp. 426 ss. El fenómeno encuentra su equivalente en el campo del derecho

autorizada y valiosa de POHLE, he contemplado la nueva institución sin escepticismo, y así con la convicción que algo similar deberá ser creado algún día en Italia, si se quiere establecer seriamente una tutela adecuada para los derechos fundamentales.⁴⁰⁴ He visto verdaderamente en el recurso constitucional, la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado,⁴⁰⁵ un instrumento eficaz, a condición de que también el Tribunal al que está encomendado, sepa con su juicio —im-

privado, con la antigua prohibición de los actos *ad aemulationem* (cfr. en GAYO, *Instit.*, I, 53: *... male enim nostro jure uti non debemus*), que si bien no fue acogido expresamente en el *code* y en nuestro viejo código de 1865, fue siempre afirmado decididamente por nuestra jurisprudencia y la francesa, no obstante algunas opiniones contrarias por parte de la doctrina que pretendía oponerse a la introducción de conceptos político-morales y equitativos en la interpretación jurídica; cfr. para todo a BRUGI, *Della proprietà*, I, Nápoles, 1911, pp. 271 ss. y p. 100. También la teoría del llamado "interés para obrar" entra, por otra parte y en mi opinión, en el mismo movimiento (v. *supra*, nota 262), y por tanto, debe ser encuadrada precisamente en la teoría del abuso del derecho (o sea, del exceso del derecho), sobre la cual, v. por ejemplo, a CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 65; BETTI, *Teoria gen. del negozio giuridico*, cit., pp. 177, 383 ss., con bibliografía; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 3, Roma, 1948, p. 394; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale del diritto civile*, Nápoles, 1954, pp. 60 s.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, 2, Padua, 1953, nn. 232-234, pp. 445 ss.; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milán, 1952, p. 42; v. también ROTONDI, *L'abuso del diritto*, en "Riv. dir. civ.", 1923, pp. 104 ss., 208 ss., 416 ss.; D'AMELIO, voz *Abuso del diritto*, en el *Nuovo Digesto italiano*, I, Turín, 1937, pp. 48 ss. (con bibliografía); RICCOBONO, voz *Aemulatio*, *ibid.*, I, cit., pp. 209 s. (con bibliografía).

⁴⁰⁴ Sobre la exigencia de dicha creación, v. *supra*, n. 1, pp. 1 ss. Debe estimarse que —diversamente de cuanto ha podido suceder en el ordenamiento alemán (*supra*, n. 2, y n. 22), para introducir en nuestro ordenamiento una institución jurisprudencial análoga al recurso constitucional alemán, suizo o austriaco, sería necesaria una ley constitucional; no sólo porque el art. 134 de la Constitución italiana delimita rigurosamente el ámbito de la jurisdicción de la Corte, sino también por la prohibición de la creación de nuevas jurisdicciones especiales (art. 102 Const y disposición VI transitoria), carácter que tiene ciertamente, en mi opinión, la jurisdicción constitucional de la libertad (*supra*, nn. 1 y 38).

⁴⁰⁵ A este respecto, no pienso, en manera alguna como los jusnaturalistas, en algo absoluto, que siempre ha sido y siempre será. En adhesión a los principios del historicismo, considero que actualmente, por ejemplo, se va haciendo cada vez más viva la conciencia de la naturaleza "fundamental" de algunos derechos que, por ser "sociales", no por ello se refieren menos directamente al individuo (cfr. sobre los derechos sociales del hombre, el pensamiento de GURVITCH G., el teórico del "pluralismo jurídico", en *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. italiana de FOA L., con Prefazione de BOBBIO N., Milán, 1949; v. también CAMPILLO SAINZ J., *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, México, 1952, especialmente en la pp. 49 s.) esta situación, ha sido ignorada en la Constitución de la Alemania "Occidental", al parecer por una determinación polémica de contraste frente a la República "Popular".

Sobre la concepción historicista de la libertad. cfr. además del conocidísimo ensayo

parcial, pero no por ello extraño a las exigencias de la vida y tampoco ignorante de que también el juicio es creación—,⁴⁰⁶ ver claro no sólo en la primera realidad que es la ley, sino también en aquellas otras, que son las efectivas exigencias de los hombres. El Tribunal Constitucional Alemán, concebido como órgano constitucional *superiorem non recognoscens*, y dotado de amplios poderes procesales (especialmente en la investigación de la verdad) y materiales (también cautelares), de los cuales se ha hablado con amplitud, parece idóneo y alcanzará tarde o temprano ese fin.

de CROCE, *Constant e Jellinek, intorno a alla differenza tra la libertà degli antichi e quella dei moderni*, en los *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, LIII (1930), y en *Etica e politica*, Bari, 1931, pp. 294 ss., también el ensayo de CALOGERO, "La libertà degli antichi" e la "libertà dei moderni", en los *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947, pp. 56 ss.; ambos en defensa del célebre discurso *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, pronunciado por Benjamín CONSTANT en el Ateneo de París en 1819. (La tesis de Constant según la cual para los antiguos la libertad era entendida fundamentalmente como la participación del individuo en el poder del Estado, y para los modernos, por el contrario, como garantía de independencia de la vida privada individual frente al poder del Estado —la primera en suma, más como libertad política, la segunda más como libertad civil—, ha sido combatida por JELLINEK en el *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900, pp. 267 ss.).

Sobre la perenne mutabilidad de las leyes, v. también LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 2, Roma, 1950, pp. 96 y 100. *La certeza del derecho*, traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA RENDIN; prólogo de COUTURE (Buenos Aires, 1953); obra en la cual se recuerda una frase de LIVIO; *Ab urbe condita* XXIV, 6, según la cual las leyes son siempre: *mortales et temporibus ipsis mutabiles. Quae in pace latae sunt, plerumque bellum abrogat: quae in bello, pax.*

⁴⁰⁶ V. *supra*, n. 1, pp. 15 s. Entre las más importantes y valerosas decisiones de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal, en las cuales la elección de un predominio entre las razones jurídicas *hinc et inde* propuestas o proponibles, no puede menos que asumir una orientación política (o sea, manifestación de voluntad, más que —o además— de lógica), se debe recordar la —muy discutida, *en pro y en contra*— de 17 de diciembre de 1953, publicada en la *Amliche Sammlung*, cit., III, pp. 58 ss., de acuerdo con la cual, fueron declaradas extinguidas, a partir del 8 de mayo de 1945, todas las relaciones de empleo de los funcionarios públicos ligados al nazismo; cfr. por ejemplo, KOTTGEN A., *Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1954, pp. 350 ss. (Recuerdo que para TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 1 ss., la jurisdicción constitucional debería definirse como *Gerichtsbarkeit im Bereich des Politischen*; v. también la definición de JERUSALEM F. W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930, p. 51, según el cual, "objeto" de la jurisdicción constitucional sería: *der staatliche Willensbildungsprozess*. Semejante a la concepción de Triepel es la de SCHEUNER, *Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik*, cit., p. 293. V. para toda esta materia a LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 35-38 y 45 ss.; sobre la "importancia política" de la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional, cfr. también a BLOMEYER, *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, cit., pp. 1 y 5 del sobretiro.)

Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones —el Estado, la ley, el derecho y los derechos— existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida de hombre; el medio, en fin, de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, "la lite violenta en la lite jurídica", el derecho de rebelión en el derecho de acción.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ Las palabras subrayadas en el texto han sido transcritas de la bellísima alocución triestina de PIOVANI, *La filosofía del diritto e la lezione di Hegel*, en la "Riv. internaz. di filosofia del diritto", 1954, p. 6 del sobretiro.

Sobre el *Widerstandsrecht* (derecho de resistencia) en las Constituciones alemanas y en la austriaca, v. supra, notas 329 y 112. En cuanto a las Constituciones francesas, el derecho de resistencia se encuentra expresamente establecido en el artículo 2º de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, proclamada por la *Assemblée Nationale Constituante*, el 26 de agosto de 1789, precepto en el que después de afirmarse que *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*, se agrega que: *ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* (V. HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, cit., p. 30); en tanto que en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 24 de junio de 1793, los "derechos naturales e imprescriptibles" están enumerados de la siguiente manera (art. 2º): *Ces droits son l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété*; sin embargo, en el artículo 33 se establece que: *La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme*, y de nuevo, en el artículo 35 se advierte que: *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs* (V. HARTUNG, *op. ult. cit.*, pp. 34 y 38). Nada semejante vuelve a encontrarse en las sucesivas Constituciones francesas del año III (22 de agosto de 1795), del 4 de junio de 1814, ni en la de 4 de noviembre de 1848; y en cuanto a la de 13 de octubre de 1946, se expresa en el preámbulo, que: *... le peuple français proclame à nouveau que tout être humain (...) possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789*. Por su parte, la nueva Constitución francesa promulgada el 4 de octubre de 1958, expresa lo siguiente:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

El derecho de resistencia no ha sido acogido por nuestra Constitución, si bien el los 337 y 650 del Código Penal. V. en doctrina, por ejemplo, a BARILE, *Il soggetto primario no es ignorado del todo por nuestro ordenamiento*; cfr., principalmente los artículos *articulato nella Costituzione italiana*, cit., pp. 27 ss.; *Id.*, *La Costituzione come norma giuridica*, Florencia, 1951, pp. 100 ss.