

INTRODUCCIÓN

1. Razón del presente estudio (observaciones sobre la necesidad del establecimiento en el ordenamiento jurídico italiano, de una "jurisdicción constitucional de la libertad", para hacer efectivos los derechos fundamentales) 1
2. La *Verfassungsbeschwerde* en la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Federal Constitucional Alemán y referencia a la institución similar prevista pero no realizada en la Constitución de la *Paulskirche* (Iglesia de San Pablo) de 1849. 14

INTRODUCCIÓN

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

1. Una de las materias que atraen más intensamente, en la actualidad, la atención de los estudiosos, se refiere a los llamados "derechos de libertad", o sea, "los derechos fundamentales del hombre". Las modernas cartas constitucionales de los pueblos, dedican a estos derechos, partes importantes y a veces preponderantes; aunque sean diversas, de acuerdo con los tiempos, lugares e ideas, su configuración concreta y su tutela jurídica. En cuanto a la ciencia jurídica, con los métodos más dispares ("jusnaturalista", "normativista", "sociológico", etc.), ha contestado y sigue respondiendo a las interrogantes sobre la naturaleza y, por tanto, sobre la estructura, la función y los efectos de estos derechos.

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

Lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales, es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al "hombre", o más bien, al "individuo" (garantías individuales son designadas, por ejemplo, en la vigente Constitución Mexicana de 1917, en tanto que la Constitución Republicana Española de 1931, los llamaba garantías individuales y políticas), están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica; así como frente a una ley o a una

¹ V. *infra*, n. 38.

sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados; son afectados en su derecho de libertad, que en el fondo es uno sólo (o mejor dicho, está en la base, es la causa de todos los derechos) por lo que pertenece a todo hombre y su lesión hiere a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad. La repercusión tan amplia que asume actualmente la infracción de los derechos fundamentales del individuo, tiene su origen en que casi siempre tutelan intereses que trascienden a los mismos pueblos y a los ordenamientos nacionales (además de los particulares), y por ello son fácilmente comprensibles los esfuerzos para establecer en el plano internacional, una protección jurisdiccional de tales derechos.²

² Una interesante exposición de estos esfuerzos está contenida en la conferencia del jurista mexicano TENA RAMÍREZ F., *La expansión internacional del amparo* leída en abril de 1954 en la Ciudad de México con motivo del Congreso anual de la Unión Internacional de Abogados. Interesa aquí, más que la fórmula contenida en el Pacto de Bogotá estipulado entre varios Estados Americanos en la primavera de 1948 —según el cual "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"—, el artículo 8º de la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", proclamada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Este artículo, cuya inserción en la Declaración tiene su origen en una propuesta de la delegación mexicana, y fue aprobado casi por unanimidad y está así formulado (consigno el texto original en lengua castellana, porque el traducido al italiano, tal como ha sido aprobado por el gobierno italiano, no me parece correcto; éste en efecto, habla de un *diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso* (derecho a una efectiva posibilidad de recurso) y no de un *ricorso effettivo*, o sea eficaz, y por tanto no traduce ni siquiera la fórmula *que la ampare*, la cual es precisamente la que postula una eficacia particular del recurso que debe ser tal, *que pueda eficazmente proteger* al individuo lesionado; mucho más correcto es el texto en la traducción aprobada por el gobierno de Bonn, donde se habla del derecho *auf wirksamen Rechtsschutz* (a una protección efectiva) *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley* (el último inciso *o por la ley* proviene de la observación hecha por las delegaciones británica y australiana, sobre que en algunos ordenamientos "de Constitución no escrita" los derechos fundamentales no pueden estimarse reconocidos "por la ley"). Este artículo resulta aclarado con posterioridad, si se toma en consideración el artículo 2º, parágrafo 2º del "Proyecto de pacto internacional" elaborado en 1949 en Lake Success por la "Comisión de los Derechos del Hombre" encargada, por la Asamblea de París, de desenvolver la Declaración Universal en una serie de convenciones internacionales. *Las Altas Partes contratantes se comprometen a asegurar a todo individuo cuyos derechos y libertades definidos en el presente Pacto hubieren sido violados, un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales competentes, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuasen en ejercicio de funciones*

Esta trascendencia "ultra-individual" de los derechos fundamentales del "individuo", tiene su origen en la naturaleza de su objeto, es decir, del bien protegido por los mismos, así como en el hecho de que (cuando asumen la naturaleza de verdaderos derechos) les corresponde una obligación, o más bien, una sujeción del Estado, o al menos (como yo creo) de los individuos que personifican y actúan por el mismo Estado; lo que ha constituido un gran obstáculo para la creación de una eficaz garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales (y por tanto *diferenciada*, o más bien dicho, adecuada a la naturaleza peculiar de tales derechos) librada a la iniciativa individual y consistente en un recurso contra los actos lesivos de imperio. Y cuando en algunos países se han superado los obstáculos, con frecuencia tras laboriosas tentativas no siempre pacíficas, y de penosos fracasos, se observa que la particular naturaleza del objeto de los derechos fundamentales repercute de diversa manera, tanto en la estructura de las relaciones sustanciales y procesales, como sobre la naturaleza y los efectos de la resolución que declara fundado el recurso contra el acto inconstitucional. Veremos, por ejemplo, que en Suiza,³ pero principalmente en el Estado Libre de Baviera,⁴ la legitimación y el interés para obrar contra actos legislativos violatorios de las situaciones subjetivas constitucionales de carácter activo, se configuran de manera particularísima, hasta el punto de originar en Baviera una verdadera y propia "acción popular", en la que la legitimación y el interés pertenecen a *quisquis de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio. Y veremos también, como en el procedimiento respectivo, no obstante que se instaura a iniciativa de parte y nunca de los órganos del Estado, impera el principio de la inves-

oficiales parágrafo al que le fueron agregados otros dos, que vinieron sucesivamente a constituir, juntamente con el primero, el artículo 3º del Proyecto; el segundo de dichos párrafos es muy importante en cuanto se refiere a los efectos del recurso: (*Las Altas partes contratantes se comprometen*) c) *a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de las decisiones favorables recaídas en dicho procedimiento.*

Debe hacerse notar finalmente, que el referido artículo 2º, parágrafo 2º del Proyecto elaborado en Lake Success, ha sido incluido también en la "Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales" (artículo 13), celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1950 por varios Estados Europeos y promovida por el Consejo de Europa. Esta Convención debería entrar en vigor, en cada uno de los Estados estipulantes, a continuación de su ratificación por parte de los órganos competentes de cada Estado particular; lo que ya se realizó en Alemania Occidental. Cfr. HARTUNG F., *Die Entwicklung der Menschen-und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 2, Göttingen, 1954, p. 123.

³ V. *infra*, n. 5.

⁴ *Infra*, n. 21.

tigación oficial de la verdad (*infra*, núm. 30), como una consecuencia de la naturaleza de la relación deducida en juicio, que si bien es atribuida al individuo, se refiere a un bien que rebasa al mismo individuo; y como al juez constitucional le corresponden necesariamente amplias facultades para dictar providencias urgentes y cautelares (*infra*, núms. 26 y 31), y también por esta causa, los efectos de la resolución que estima fundado el recurso son frecuentemente de carácter general y no limitados *inter partes* (*infra*, núms. 33 y ss.); como también los principios tradicionales de la cosa juzgada deben ceder, en la mayor parte de los casos, ante la naturaleza "ultraindividual" y "fundamental" del derecho de libertad deducido en juicio (*infra*, núms. 36 y ss.). De la misma manera, es posible notar que en los ordenamientos que examinaremos en las páginas siguientes, el procedimiento asume la estructura de un proceso con una sola parte, aunque otorgue el derecho de intervenir con limitados efectos y con reducidos poderes, a una serie de "terceros interesados", lo que nos hace pensar desde ahora en una finalidad preventiva de la institución, más bien que en la función de composición de una lite ya existente.⁵

Por consecuencia, me parece indudable que los "derechos fundamentales", inclusive aquellos llamados "sociales", en su esquema más elemental, atribuyen o, más propiamente, consisten (si son verdaderos derechos), en un poder, en un *jubere licere* de los *individuos particulares*; así, cuando la Constitución italiana dice, por ejemplo, que: "todo ciudadano es libre de salir del territorio de la República y de regresar a él, salvo las obligaciones establecidas por la ley", parece evidente que en virtud de esta disposición, nace en beneficio de cada ciudadano un derecho subjetivo, que tiene su correspondencia en la obligación del Estado, o más correctamente, del funcionario relativo (*infra*, núm. 38), de no contestar con una negativa, o como es costumbre, con el silencio, a aquél que regularmente y con la observancia de las "obligaciones de la ley", solicita autorización para abandonar el país. El Estado, o más bien dicho, el funcionario, debería encontrarse en un estado de sujeción respecto al poder de la voluntad, del *jubere licere*, del ciudadano.⁶

No sé si este ejemplo es feliz, ya que tal vez pudieran encontrarse algunos más apropiados, pero el hecho es que en la práctica que se sigue en Italia, el ciudadano no tiene frente al Estado y sus funcionarios, ninguna o pocas posibilidades de mando en lo que se refiere a las libertades individuales. No obstante que los referidos derechos fundamentales han sido consagrados constitucionalmente y que por esta circunstancia deberían estimarse como de "más

⁵ V. principalmente los números 27 y 38.

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

fuertes" que los ordinarios, en realidad son mirados con poca confianza por sus destinatarios y con poco respeto por aquéllos que deberían acatarlos.⁷ ¿Por qué?

Es esta la pregunta que inicialmente me he planteado y que constituye asimismo el problema que me ha enseñado a estudiar la escuela científica a la cual tengo el inmerecido honor de pertenecer. He creído necesario prepararme para afrontarlo, realizando previamente algunos estudios de aproximación o interlocutorios, efectuados fuera de mi país, y de los cuales es el presente el primero en ser publicado, no obstante que otro ensayo (sobre el juicio de amparo mexicano examinado en sus relaciones prácticas y teóricas con instituciones antiguas y modernas, tanto anglosajonas como españolas, brasileñas y de otros países de la América Latina) estaba casi concluido antes de que este naciera; en esos estudios he investigado y seguiré investigando, la existencia en otras naciones de cualquier institución capaz de *realizar en forma efectiva* los derechos fundamentales, examinando, además, las causas y formas de su establecimiento y los problemas que puede hacer surgir. Un modo, diríamos, *diferenciado, reforzado*, diferente por su estructura, y fundamentalmente por sus efectos, del que se persigue en los juicios ordinarios. Es esta diferenciación y, por tanto, la existencia en el ámbito de la "jurisdicción constitucional" de un tipo particular de "jurisdicción constitucional de la libertad" (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*), la que falta en Italia, y su ausencia determina, en el mayor número de casos, la inadecuación de la tutela y, consiguientemente, provoca la ineficacia del derecho, o más precisamente, de la "situación activa" contenida en la Constitución.⁸

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

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

⁸ Del dato indudable proveniente de las peculiaridades estructurales y funcionales del derecho fundamental, puede deducirse, a mi juicio, la exigencia de una garantía diferenciada y vigorosa (Cfr. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Diritto costituzionale*, 3, Nápoles, 1954, p. 437), la exigencia, por tanto, de un tipo autónomo y unitario de jurisdicción, que podría llamarse jurisdicción constitucional de la libertad; dotada de las características que han sido indicadas (*supra*, p. 4), y que en seguida se especificarán en el análisis de las varias instituciones (v. sobre todo al n. 38).

La exigencia de una jurisdicción autónoma no ha alcanzado hasta ahora consagra-

Volviendo al ejemplo anterior, podemos preguntarnos si alguien puede te-

ción legislativa en el ordenamiento italiano; pero sí en nuestra doctrina (v. para todo, BARRILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pp. 159 ss., especialmente pp. 202 y ss.) que frente a la bipartición de las jurisdicciones ha sido constreñida a subsumir el problema en los viejos esquemas del derecho subjetivo y del interés legítimo, para atribuir al juez ordinario la tutela de los "derechos subjetivos" constitucionales, y al juez administrativo la de los llamados "intereses legítimos" y "derechos debilitados" (debilitados, precisamente, frente a la actividad discrecional de imperio). Y antes al contrario, toda vez que no siempre los llamados "derechos" fundamentales están provistos en nuestro ordenamiento ni siquiera de las garantías propias de los (ordinarios) "derechos subjetivos" e "intereses legítimos", nuestra doctrina debe trabajar ahora sobre ulteriores distinciones entre las "situaciones subjetivas activas" constitucionales, tales como las distinciones —eficacísimas— introducidas por LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costit. italiana*, Padua, 1953, pp. 8 y ss., entre meras *situaciones recomendadas*, y *situaciones indirectamente garantizadas* y *directamente garantizadas*, estas últimas a su vez divididas en "accionables" (si para su garantía se ha dado al sujeto un derecho de actuar o de acudir a los órganos jurisdiccionales) y *no accionables*. Pero no parece que estas distinciones, ni otras análogas como aquélla entre derechos subjetivos y derechos reflejos o reflejos del derecho (V. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Turín, 1940, pp. 113 ss.), —de las cuales sin embargo no se niega su extraordinaria importancia también en la vida de nuestro ordenamiento (y por tanto en la historia de nuestra libertad); podrían obtener derecho de ingreso en la justicia constitucional de la libertad, una vez que esta fuese construida, como lo ha sido en Alemania y en Suiza, como jurisdicción única y diferenciada para la tutela de *todas las "situaciones subjetivas activas" fundamentales*; v. *infra*, pp. 14 ss. (Así por ejemplo, HUBERT H., *Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe, 1954, p. 13, quien advierte que: "la teoría de los derechos subjetivos públicos y su distinción de los meros reflejos del derecho, ha ejercitado, respecto de la legitimación, un influjo del todo pasajero y marginal sobre la jurisprudencia suiza. Existen, por el contrario manifiestamente y con buen éxito, resoluciones apoyadas únicamente en el concepto de "intereses jurídicamente protegidos"; v. también FLEINER F. y GIACOMETTI Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, p. 883; mientras a su vez la Corte Constitucional austriaca reconoce verdaderos derechos subjetivos constitucionales en todos los "intereses suficientemente individualizados" que sean garantizados por la norma constitucional; cfr. ADAMOVICH L., *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts* 4, Viena, 1947, p. 315 en nota). Verdad es que por su misma naturaleza los derechos fundamentales, o al menos algunos de ellos— piénsese por ejemplo en el "derecho de igualdad frente a la ley" (artículo 3º, párrafo 1º de la Constitución Italiana, 4º de la Constitución Suiza; 7º, párrafo 1º de la Constitución austriaca, 3º, párrafo 1º de la Constitución de Bonn)— tienen confines muy vagos (cfr. FECHER E., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tübingen, 1954, especialmente en las páginas 1 y ss. y 24 y ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 22); de manera que las normas que los establecen, por la indeterminación de sus propios contornos permiten en quien los aplica, un amplio margen de discrecionalidad en su interpretación. Pero si esto hace más delicada la tarea del intérprete (y será una razón de más para imponer la exigencia de un tipo particular de proceso "constitucional" y de un juez particular, *superiorem non recognoscens*, especializado y calificado en dicha interpretación, la que adquiere de esta manera caracteres

ner la paciencia, medios y valor de demandar al Estado o a alguno de sus

acentuadamente creativos; v. DRAHT M., *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, en las Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9*, Berlín, 1952, pp. 94 ss; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., pp. 20 y ss; HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, 1931, *passim*); no es posible, sin embargo, en los ordenamientos en los cuales exista una eficaz "jurisdicción constitucional de la libertad" capaz de actuar aquélla que DRAHT llama la *rechtsschöpferische Konkretisierung* (concretización creadora de derecho), de los *Grundrechte*, hacer descender dichas normas a la categoría de prescripciones meramente programáticas, ni los citados derechos al rango de meros reflejos del derecho sí con estas fórmulas se entienden normas y derechos privados de una inmediata autoridad preceptiva (y por tanto, en realidad, no verdaderas normas ni verdaderos derechos: Cfr. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. italiana*, cit., pp. 9 y s.)—, como reconoce actualmente la doctrina y la práctica prevalentes tanto en Suiza como en Alemania (Cfr. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 17 s.; FECHNER, *op. cit.*, pp. 27 ss.; pero las citas podrían ser interminables y en cuanto al derecho positivo se puede recordar el Art. 1º, párrafo 3º, de la Constitución de Bonn, en el cual se ha establecido precisamente, que: "Los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes legislativo, administrativo y jurisdiccional, como imperativos jurídicos inmediatamente vigentes"; y sobre esta disposición, v. para todo a VON MANGOLDT H., *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlín, 1953, sobre el artículo 1º; para la doctrina alemana menos reciente: PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., pp. 126 y ss; v. sobre esta materia, también *infra*, pp. 14 ss. y los números 23 y 43, pp. 77 ss.; 131 ss. Probablemente nuestro Constituyente, al formular el art. 2º de la Const. "La Republica reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre..."— se había propuesto hacer efectivos siempre estos derechos, o sea, atribuir una eficaz garantía a todas las situaciones subjetivas fundamentales; pero no se puede seriamente negar que dicho intento no ha sido, alcanzado la mayoría de las veces). Así también en la doctrina mexicana, país en el cual existe precisamente una jurisdicción constitucional de la libertad, sin embargo no falta la distinción, más que entre derechos perfectos y no perfectos, entre actividades discrecional y vinculada de la autoridad pública (v. la bella conferencia, de AZUELA M., *El aspecto formal del Amparo. Esquema de su evolución histórica y de su estructura general*, leída en el Congreso de la Unión Internacional de Abogados en 1954, publicada en el volumen "México ante el pensamiento Jurídico Social de Occidente", México, 1955, pp. 77-88), por lo que correctamente se ha llegado a afirmar, que todas las normas sobre los derechos fundamentales del hombre (contenidas en los llamados *superartículos* del 1 al 29, de la Constitución) son normas de aplicación inmediata; y que no es concebible que los derechos, establecidos por estas normas, pierdan eficacia por el ejercicio de un poder, más bien, de una potestad, "discrecional", sino cuando tal potestad *encuentra su fuente en la norma constitucional misma y se ejerce constitucionalmente*, esto es, en los límites y modos constitucionalmente establecidos; sólo en tal caso, porque no es posible la coexistencia de dos poderes de mando "de número igual y de signo contrario" (derecho de libertad del individuo y potestad de sujeción de la autoridad pública), el derecho fundamental pierde su valor, sin dejar detrás de sí ningún "reflejo de derecho" o "interés legítimo" (v. por ejemplo BURGOA I., *Las garantías individuales*, México, 1954, pp. 110 y ss.). Me parece, por lo demás, que aun entre nosotros este último concepto, denota, como yo creo, no algo que *no* es derecho subjetivo, sino solamente una particular cate-

órganos, ante un tribunal, por haber negado el pasaporte a un ciudadano.⁹ Y sobre todo, cuál sea la eficacia de una eventual acogida de la demanda propuesta, años antes en juicio.¹⁰ Ciertamente no es una eficacia *directa*, sino a lo sumo, satisfactoria o reparatoria, como es bien sabido.¹¹ Pero precisamente esa reparación obtenida con retardo, por vía indirecta o por "equivalente", es incompatible con la naturaleza misma del derecho fundamental, porque si tiene ese carácter, es precisamente porque el bien que constituye su objeto no puede ser substituido con otros,¹² y también porque como se ha dicho con anterioridad, ese bien pertenece a todos, y por tanto (en ese sentido), puede calificarse como "social", no obstante que se divida en innumerables objetos y se esquematice en relaciones jurídicas individuales.¹³

goría de verdaderos y propios derechos subjetivos (reunidos bajo el concepto común del *derecho de los sujetos particulares a no sufrir, por obra de un acto administrativo ilegítimo, un perjuicio genérico*, o sea, diverso de aquél consistente en la violación de cualquiera otro específico derecho subjetivo; en otros términos, el derecho no tanto a la legitimidad de los actos administrativos, cuanto a la propia inmunidad frente a actos objetivamente ilegítimos, o bien indica, como ha sido sostenido por otra parte, solamente la titularidad de una situación subjetiva activa de naturaleza exclusivamente procesal, no sustancial (v. por ej., GUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3, Padua, 1954, p. 43); ser titular del "interés legítimo" significará, entonces, poseer la legitimación y el interés (y por tanto el derecho subjetivo "perfecto" procesal) de acudir ante un órgano judicial para la tutela, no de un propio derecho sustancial, sino de la objetiva legitimidad de los actos públicos de imperio (Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2, Nápoles, 1936, pp. 128 y s.). Se trataría, en sustancia, de una excepción vastísima a la norma general por la cual no se puede (esto es no se tiene) el derecho de hacer valer en juicio más que el derecho propio; de sustitución procesal hablaba precisamente GUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 2, Padua, 1943, p. 38. (De estas premisas debería desprenderse desde un punto de vista funcional, aunque no estructural, la falta de contenciosidad del llamado "contencioso administrativo", en el cual la controversia versa sobre la legitimidad objetiva de un acto y no sobre la investigación de la prevalencia jurídica entre dos pretendidos derechos subjetivos, o sea, frente a dos intereses contrastantes de los cuales *hinc et inde* se pretenda la tutela; v. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milán, 1950, p. 26, con referencia a Gucciardi, Piccardi y Saraceno.)

⁹ Sobre la competencia de la autoridad judicial ordinaria, cfr. para todo BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pp. 222 ss., 123 ss.

¹⁰ Es notorio que en nuestro sistema no existen instituciones similares a la *injunction* americana y a los *writs* ingleses, capaces de permitir al juez ordinario decretar la suspensión de la resolución administrativa impugnada. Cfr. BARILE, *op. cit.*, pp. 205 s.

¹¹ Art. 4º de la ley de 20 de marzo de 1865, N. 2248. Y sin perjuicio de la obligación de la autoridad administrativa de sujetarse por los tribunales (artículo 27, párrafo 1º, n. 4, del texto unificado de 26 de junio de 1924, n. 1054, de las leyes sobre el Consejo de Estado). V. para todo, GARBAGNATI, *op. cit.*, pp. 30 s.

¹² V. *infra*, n. 35, pp. 105 ss. Para el ordenamiento suizo, n. 7, p. 35.

¹³ Aunque yo no considere que una relación jurídica y por tanto un derecho sub-

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

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

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

Sobre la impugnabilidad de los actos de gobierno, lesivos de situaciones subjetivas activas, mediante el "recurso constitucional", *infra*, nota 257; sobre la impugnabilidad de comportamientos omisivos, *infra*, n. 24. En nuestro ordenamiento, por el contrario, contra las ilegitimidades constitucionales cometidas en la función de gobierno son otorgados los siguientes remedios, los que no tienen carácter jurisdiccional (enumerados por BARILE, *op. cit.*, pp. 173 s.; sostiene por el contrario la abrogación con apoyo en el artículo 113 Cost., y del artículo 31 del texto unificado de 26 de junio de 1924, n. 1054, CRISAFULLI, *Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche"*, en la "Riv. trim. dir. pubbl.", 1951, p. 375): investigaciones, interpellaciones, mociones y votos de desconfianza en el Parlamento; mensaje presidencial "estimulante" a que se refiere el artículo 87, párrafo 2º de la Const., y disolución del Parlamento; peticiones y presentaciones de proyectos de ley de iniciativa popular; finalmente, obstruccionismo parlamentario, desaprobación de los balances, resistencia colectiva. (Como veremos, es precisamente este derecho

en el hecho de que algunas leyes están dotadas de una fuerza constitutiva concreta, actual y personal (las llamadas leyes autoaplicativas o autoejecutivas, es decir, las que crean de manera inmediata, restricciones a las facultades u obligaciones de determinados sujetos o categorías bien definidas de sujetos, los cuales, en el momento mismo en el cual la ley entra en vigor, se encuentran ya "prejuzgados" por ella, sin necesidad de que se realice un hecho que transforme la hipótesis legislativa en mandamiento concreto);¹⁵ y que contra su ilegitimidad constitucional, aparecen por tanto, al menos en algunos casos, inadecuados no solamente el sistema de declaración incidental y difusa, que provisionalmente estuvo vigente en Italia hasta el establecimiento de la Corte Constitucional (artículo VII transitorio de la Ley Suprema), sino también el de la declaración concentrada y general que debe promoverse a través de la "prejudicial constitucional", que es el que actualmente está en vigor,¹⁶ sistema este último previsto en los artículos 134 de la Constitución, 1º de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, y 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87. Ambos sistemas presuponen, en efecto, la pendencia de un proceso "principal" en el que tendría aplicación concreta la ley de la que se afirma su inconstitucionalidad, y es por esta aplicación, o bien por la aplicación concreta ya realizada por la autoridad pública o por otros sujetos, inclusive privados (y contra la cual se solicita precisamente la tutela a través del juicio), por la que nace o amenaza nacer el perjuicio para una de las partes. Por el contrario, las leyes "autoejecutivas" operan concretamente por sí mismas, sin necesidad de un acto (la "norma individual") que las aplique; de manera que el sujeto privado, para ser efectiva y plenamente tutelado, debe tener la posibilidad de actuar de manera directa contra tales leyes, sin que se requiera previamente la instauración de un proceso-expediente, de una *factio litis*¹⁷ (esto puede ocurrir, tal vez, con la demanda de mera declaración positiva de la persistencia, a pesar de la ley, de un poder propio, o bien, la negativa de la subsistencia de un deber propio),¹⁸ con el fin de hacer de este juicio

de resistencia, o sea en sustancia, de autotutela, aquel que, mediante el recurso constitucional, se transforma en derecho de acción: *infra*, n. 43.)

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

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

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

¹⁸ La instauración del proceso "expediente" no será siempre fácil, ni en algunos casos prácticamente eficaz o posible. Piénsese en una ley que, violando el art. 48 Const. negase el derecho de voto a una categoría determinada de ciudadanos, o infringiese en cualquier otra forma (como ha sucedido) el principio de igualdad del voto (se verá que el derecho de voto está entre aquellos que son tutelados en Alemania por medio del "recurso constitu-

el pedestal para un ulterior proceso constitucional. Parece evidente, por tanto, como también por lo que se refiere a la ilegitimidad constitucional de las leyes, que el ordenamiento jurídico italiano debe considerarse superado, con mayor razón si se piensa que no corresponden a la Corte Constitucional poderes de urgencia o cautelares, al menos por lo que respecta al recurso contra leyes,¹⁹ y que la *fictio litis* mencionada con anterioridad, en la mayoría de los casos sólo podrá instaurarse con posterioridad al ejercicio del peligroso (y discutido) derecho de resistencia, en tanto que, por el contrario, un buen ordenamiento constitucional debe hacer todo lo posible (como ocurre en efecto, según veremos más adelante, a través del recurso constitucional, *infra*, núm. 43) para transformar el derecho de resistencia, que es una especie del derecho de auto-

cional" *infra*, n. 23). ¿Cómo se podría en este caso instaurar un "proceso principal"? ¿Quién sería el legitimado pasivo? ¿Cuál la eficacia práctica del proceso mismo?

Problemas aún más difíciles surgen después, en cuanto al interés para obrar (v. una referencia de CARNELUTTI, *Il giudice e la lex in fraudem legis*, en la "Riv. dir. proc.", 1952, I, p. 17). Con base en las consideraciones que pueden leerse *infra*, la nota 262, según las cuales también la llamada mera declaración consiste en realidad en la declaración de una responsabilidad y por tanto, en una condena (los daños, por lo demás, consistirían en las solas costas procesales, derivadas precisamente de la necesidad, en la cual el actor se ha venido a encontrar, de promover y llevar a término el proceso a causa del comportamiento del adversario) no creo que la pura y simple expedición de una ley "auto-ejecutiva" e inconstitucional sería suficiente para hacer nacer el interés para obrar dirigido a obtener una mera declaración; pero sería necesario que alguno manifieste —tal vez como consecuencia de la provocación consistente en el ejercicio del derecho de resistencia (sobre el cual v. *supra*, la nota 14, e *infra*, n. 43, especialmente en la p. 142)— querer aprovecharse de la situación patológica creada por la ley inconstitucional. (Esta afirmación encuentra apoyo en la tesis según la cual los particulares —y también la autoridad pública— *están obligados a no tomar en consideración la ley ilegítima*, aún con anterioridad a la resolución de la Corte Constitucional, *so pena de ser considerados responsables de las consecuencias de la obediencia prestada*, una vez que la ley sea declarada inconstitucional; BARILE, *Il soggetto privato nella costit. italiana*, cit., p. 188.)

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

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

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

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

Pero prescindiendo de la naturaleza del acto violatorio (administrativo, legislativo, etc.), se ha impuesto en Italia, tal vez a causa de una jurisprudencia nueva referente a la tarea de "concretización creadora" de las normas,²¹ y "dirigida más a la conservación que a la innovación del ordenamiento",²² pero a causa, fundamentalmente, de una falta de firmeza en la postura del Constituyente y del legislador ordinario (contrariamente a lo que sucede en Alemania, ya sea mediante el citado art. 1º, inciso 3º de la Constitución de Bonn,²³ o bien a través de la Ley ordinaria sobre el Tribunal Constitucional Federal, de la que nos ocuparemos más adelante), y con las graves y deplorables consecuencias que son bien conocidas, la distinción desde el punto de vista de la eficacia, entre normas constitucionales preceptivas y no preceptivas, declaraciones-regla y declaraciones-principio (programáticas, directivas, orientadoras), y la distinción, por tanto, desde el punto de vista de la tutela, en situaciones subjetivas de carácter activo *no garantizadas* (simples recomendaciones), situaciones *garantizadas no jurisdiccionalmente*, y finalmente, *garantizadas jurisdiccionalmente* (o "accionables", como también han sido llamadas).²⁴ Y con toda justificación deplora la doctrina que la palabra "derechos" se use muchas veces en forma impropia,²⁵ especialmente por lo que ve a los "derechos

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

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

²² PERGOLESI, *Sul così detto "Governo dei giudici"* en la "Riv. dir. proc.", 1955, I, p. 67; v. también BALLADORE PALLIERE, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 314 s.

²³ V. *supra*, nota 8. Sobre las normas programáticas y sobre las situaciones subjetivas activas que de ellas se derivan, cfr. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, especialmente en los capítulos I y II donde justamente se habla de un "equivoco jurisdiccional de las normas programáticas"; ID. *Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche"*, cit., pp. 357 ss., 380 ss.; v. también AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, 1951, p. 95 ss.; BARILE y PREDIERI, *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione*, en el *Comm. sistem. alla Cost. ital.*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, I, Florencia, 1950, pp. 69 ss., y actualmente también CALAMANDREI, y otros, *Dieci anni dopo*, Bari, 1955, pp. 227 ss.

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

²⁵ Sobre la análoga situación del derecho constitucional francés —a diferencia del derecho norteamericano, en el cual, si un acto de cualquier autoridad niega y obstaculiza el ejercicio de una situación subjetiva constitucional, la *sanction est à la disposition de la partie lésée, et cette sanction c'est le jugement d'incostitutionnalité que formulera le tri-*

de libertad" del individuo frente al Estado, porque frecuentemente no tienen ninguna protección en la realidad,^{25 bis} y por otra parte, ya hemos visto que cuando esos derechos se presentan como situaciones garantizadas jurisdiccionalmente, es decir, como propios y verdaderos "derechos subjetivos perfectos" (como ocurre con el derecho de abandonar el país), la jurisdicción *ordinaria*, debido a sus limitaciones y a su naturaleza, no llegó a ofrecer una protección plena y eficaz.²⁶ Por consecuencia, debe concluirse en definitiva que no ha sido alcanzada en Italia, ni siquiera con motivo de la actividad de la Corte Constitucional, la efectividad de los derechos del hombre frente a los poderes públicos, que debe ser la meta de todo ordenamiento jurídico moderno.

Esta situación, que podría denominarse, con una expresión no muy lejana de la verdad, de irrealidad de la Constitución italiana (o sea, de un profundo contraste entre las Constituciones formal y material),²⁷ no es exclusiva de Italia, pero en otros lugares ha sido, o está en vías de serlo, radicalmente transformada, mediante la creación de un medio de tutela jurisdiccional, no solamente *general*, es decir, para la defensa de *todas* las "situaciones activas fundamentales" del sujeto privado frente al Estado, sino también *eficaz* o *reforzado*, todo lo cual se obtiene conformando tanto la estructura del procedimiento como la composición, la autoridad y los poderes del tribunal, sobre las peculiaridades de la función ejercitada. Función, repito, que tendrá necesariamente, en la mayor parte de los casos, una eficacia similar a la legislativa y una naturaleza francamente creadora, sin que por esto deje de ser, a mi modo de ver, función jurisdiccional.²⁸ Es claro que en ese sistema, todas las situa-

bunale compétent—, cfr. HESSE A., *Conception américaine et conception française des Déclarations de droits: juge américain et juge français*, en la *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, pp. 323 ss., especialmente en las pp. 326 ss. El autor examina las profundas razones políticas e históricas del fenómeno (páginas que ameritan atenta consideración).

Cfr. lo que escribía ya TAINÉ (en ARCOLEO G., *Libertà ed eguaglianza*, en los *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Ed. Jovene*, Nápoles, 1954, p. 15): en la declaración de derecho "se proclaman derechos indeterminados y discordes, sin proveer a su interpretación, a la aplicación, a la sanción, sin un órgano especial y sin un tribunal que acogiese las reclamaciones".

²⁶ *Supra*, pp. de 5 a 11.

²⁷ Escribe justamente BALLADORE PALLIERE, *op. loc. ult. cit.*, que "la distinción entre norma constitucional preceptiva (es decir de inmediata aplicación) y norma programática (dirigida sólo al legislador) ha sido entendida por nuestra jurisprudencia de manera de hacer entrar en estas últimas, la mayor parte de las normas constitucionales de las cuales nos estamos ocupando (o sea aquéllas sobre los "derechos de libertad"). Ha sido esta ciertamente *una de las principales causas de la falta de actuación de nuestra Constitución*. V. también CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pp. 255 ss.

²⁸ *Infra*, especialmente a las notas 327 y 365.

ciones subjetivas fundamentales de carácter activo, encuentran una tutela, o sea, que se configuran como situaciones "accionables", porque aún las más genéricas, o sea, las contenidas en las disposiciones que nos parecen un programa (*klingen wie ein Programm*), y la mayoría de las cuales son excluidas por la doctrina italiana de la categoría de verdaderos y propios derechos subjetivos (como lo que ocurre, por ejemplo, respecto del "derecho de igualdad frente a la ley"),²⁹ obtienen su realización a través de una interpretación activa, creadora, del juez constitucional, como veremos que sucede en forma más o menos decidida y radical, en los ordenamientos que estudiaremos con posterioridad.³⁰

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

Me referiré ahora a la Ley (ordinaria) de la República Federal Alemana,

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

³⁰ *Infra*, especialmente los números 5, 8, 11, 13, 16, 23, 43. Recuerdo a título de ejemplo una resolución emitida el 29 de julio de 1952 por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe (en la *Amliche Sammlung der Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 372), en la que se afirma precisamente que la indeterminación de las normas constitucionales exige que sean "completadas", "refinadas" por el juez; y que esto debe hacerse no sólo con base en la *ratio* de la norma particular, sino con fundamento en los principios generales de la Ley Fundamental; de manera que "la jurisdicción constitucional tiene la tarea de complementar el derecho y de contribuir, por tanto, en forma creadora, a la vida de la Constitución" (cfr. LECHNER H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 1954, p. 45). V. también BLOMEYER K. *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, en la *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1953, Heft 2, p. 2 del sobretiro, donde se habla de una "grandiosa importancia" que debe atribuirse a la jurisdicción constitucional —de la cual está investido el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe— *für die Fortbildung des Verfassungsrechts* (para el perfeccionamiento del Derecho Constitucional).

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

El "recurso constitucional" consiste en un medio de reclamación jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional Federal (que tiene su sede en Karlsruhe), y que debe ejercitarse por los ciudadanos particulares para la tutela de sus "derechos fundamentales" y de algunas otras situaciones subjetivas lesionadas por un acto de cualquiera autoridad pública. Esta institución, que en dicha República ha sido establecida por primera vez en el plano federal, no había sido prevista por la Constitución de Bonn de 23 de mayo de 1949,³¹ en cuyo artículo 93, inciso 2º, se reconocía sin embargo, implícitamente, la facultad de la autoridad legislativa ordinaria, para constituir la, al disponer que: "El Tribunal Federal Constitucional ejercerá, además, las funciones que le sean atribuidas mediante una ley federal."

La *Verfassungsbeschwerde* no carece de precedentes ni de modelos tanto en Europa, como en el plano no federal, en la misma Alemania, los cuales fueron tomados en consideración parcialmente por el legislador alemán (especialmente los de Baviera), como se desprende de los trabajos preparatorios y como veremos con mayor detenimiento más adelante.³² Y por otra parte, aun en el plano federal, puede verse un precedente, que permaneció sin embar-

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

³² En doctrina falta, hasta ahora, que yo sepa, un estudio de carácter sintético y comparativo, como pretende ser el presente. En cuanto a las analogías con el amparo mexicano—institución tanto más interesante, cuanto que surgió en la primera mitad del siglo XIX y ha constituido una de las mayores y más duraderas victorias de la lucha por la libertad y la independencia mexicanas—son absolutamente ignoradas por los estudiosos del otro lado de los Alpes, en tanto que la *Verfassungsbeschwerde* es a su vez, igualmente ignorada por los mexicanos. Debe advertirse que la institución mexicana ha sido imitada por la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 (artículo 121, letra b), sin que tuviera aplicación debido a los acontecimientos ocurridos en España.

También las (menores) analogías con el *mandato de segurança* brasileño, son olvidadas.

El amparo mexicano y la *Verfassungsbeschwerde* son, por el contrario, relacionados. por BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 437, nota 39.

go en el estado de tentativa irrealizada, en la *Frankfurter Reichsverfassung* (Constitución de la *Paulskirche*) de 28 de marzo de 1849.^{33, 34} Esta Constitución determinaba, en los párrafos 125 a 129 (*Abschnitt 5º*) la creación de un *Reichsgericht* (Tribunal Federal),³⁵ el cual habría debido ejercitar toda la jurisdicción que pertenecía al nuevo *Reich* (párrafo 125). Dicha competencia estaba reglamentada por el párrafo 126, cuya letra g) preceptuaba que correspondía al Tribunal Federal, entre otras, la facultad de juzgar respecto de "recursos (*Klagen*) de los ciudadanos alemanes, por lesión de los derechos a ellos garantizados por la Constitución Federal".³⁶

Son conocidos los borrascosos sucesos que ocasionaron la disolución de la *Nationalversammlung* (Asamblea Nacional) de Francfort; la Constitución de 1849 permaneció letra muerta, como la expresión de un período de románticas rebeliones que convulsionaron a toda Europa en nombre de la libertad, la unidad y la independencia de los pueblos. Nada semejante al párrafo 126, letra g, de la Constitución de Francfort vuelve a encontrarse en las posteriores Constituciones Federales de Alemania: ni en la inspirada por Bismarck, ni en la de Weimar, y ni siquiera en la de Bonn, según se ha visto. Veremos ahora, rápidamente, antes de estudiar la nueva institución alemana, y su más próximo modelo, que es el de Baviera, los precedentes suizos y austriacos del recurso constitucional.

³³ Cfr. TRIEPEL H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlín, 1929, p. 15, donde la competencia del *Reichsgericht* de la Constitución de Francfort "respecto a los recursos de los ciudadanos alemanes por violaciones de sus derechos garantizados por la Constitución del Reich", es comparada con la *Beschwerde* de las Constituciones Suiza y Austriaca. V. también DRAHT, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit.*, cit., p. 39.

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

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

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