

## CAPITULO TERCERO

<b>VI.</b>	<b><i>Las resoluciones recientes de mayor importancia</i></b> .....	<b>68</b>
<b>VII.</b>	<b><i>Publicación de votos de disidencia</i></b> .....	<b>70</b>
<b>VIII.</b>	<b><i>Interpretación de la conformidad constitucional</i></b> .....	<b>71</b>
<b>IX.</b>	<b><i>Procedimiento de pérdida o suspensión de los derechos humanos</i></b> .....	<b>73</b>
<b>X.</b>	<b><i>La Corte Constitucional italiana</i></b> .....	<b>75</b>
<b>XI.</b>	<b><i>La Corte de Casación y el Consejo de Estado como protectores de los derechos humanos</i></b> .....	<b>81</b>
<b>XII.</b>	<b><i>El recurso de derecho público en Suiza</i></b> .....	<b>84</b>

## VI. Las resoluciones recientes de mayor importancia

134. Como sería muy complicado describir, así sea en forma panorámica, la trascendental labor del Tribunal Constitucional Federal alemán en el campo de la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en los procesos iniciados por acciones constitucionales de carácter abstracto o concreto (*Normenkontrolle*) o a través de los recursos constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*), estos últimos mucho más numerosos, nos limitaremos a señalar, en vía de ejemplo las resoluciones que consideramos de mayor significación, así como los instrumentos a través de los cuales se ha otorgado flexibilidad y dinamismo a la justicia constitucional en la República Federal de Alemania.

135. Podemos destacar como una de esas resoluciones de gran significación no sólo jurídica sino también de carácter político-social, la pronunciada por el referido Tribunal Federal Constitucional con fecha 15 de diciembre de 1970, en el proceso promovido tanto por una instancia de control abstracto formulada por el gobierno de la provincia de Hesse como por el recurso constitucional interpuesto por un grupo de abogados y magistrados; sentencia en la cual se declaró la constitucionalidad tanto de la ley constitucional de 24 de junio de 1968, como respecto de la ley federal del 13 de agosto siguiente, relativas a la posible intervención de los organismos de seguridad en el *secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas*, con los votos particulares de los magistrados Geller, von Schlabrendorff y Hans Rupp.<sup>105</sup>

136. Otros fallos importantes fueron pronunciados por el Tribunal Federal Constitucional con fechas 18 de julio de 1972 y 29 de mayo de 1973, ambos en el campo, extraordinariamente controvertido, de la regulación de la educación universitaria, y en las cuales se discutió el alcance de los derechos fundamentales de la libre elección del cen-

<sup>105</sup>Cfr. Fromont, Michel, "République Fédérale Allemande. Le Tribunal constitutionnel fédéral en 1970", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1971, pp. 1419-1427.

tro docente (artículo 12, fracción I, de la Ley Fundamental Federal) y de la libertad científica (artículo 5, inciso 3o., de la misma Constitución).

137. En efecto, en el primero de dichos fallos se resolvió la controversia relativa al *numerus clausus* para el ingreso en las Universidades y en la segunda respecto a la *cogestión* en el gobierno de las propias instituciones universitarias, de acuerdo con los recursos constitucionales promovidos por las asociaciones de estudiantes y de profesores, en contra de las disposiciones de varias leyes provinciales -tomando en cuenta que la materia educativa ha correspondido tradicionalmente a las Entidades Federativas y no a la Federación- que habían dado lugar a apasionados debates. Estas sentencias establecieron los lineamientos esenciales que fueron recogidos en la Ley-Marco Universitaria de 26 de enero de 1976, que a su vez se apoyó en la reforma constitucional de 12 de mayo de 1969, que dio mayor beligerancia a la Federación en la regulación de los problemas universitarios.<sup>106</sup>

138. También podemos destacar las decisiones del Tribunal Federal Constitucional de 25 de febrero y 22 de mayo de 1975, la primera de las cuales declaró la inconstitucionalidad del artículo 218 a) del Código Penal, reformado por la ley de 18 de junio de 1974, que autorizó el *aborto terapéutico*; mientras que el último de los fallos citados, por el contrario declaró la conformidad con las normas constitucionales, de las disposiciones legislativas y administrativas que exigen la obligación de la *lealtad política* de los *funcionarios públicos*, con el voto particular de los magistrados Seuffert, Rupp y Wand.<sup>107</sup>

<sup>106</sup>Cfr. Carro, José Luis, *Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica, cogestión, "numerus clausus"*, Madrid, 1976, pp. 89-144. Con posterioridad a dichos fallos se han pronunciado otros por el mismo Tribunal Federal Constitucional sobre restricciones de ingreso a las universidades, los que pueden consultarse en el estudio de Fromont, Michel, "République Fédérale d'Allemagne. Les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, marzo-abril de 1976, pp. 356-365.

<sup>107</sup>Cfr. Fromont, Michel, *op. ult. cit.*, pp. 351-356. Este último fallo se complementó con la sentencia de 5 de octubre de 1977 del mismo Tribunal Federal Constitucional, sobre la constitucionalidad del acuerdo tomado por el Ministro federal de Justicia, de no aceptar en la práctica profesional, en calidad de

139. Más recientemente podemos mencionar otras sentencias significativas en el campo de los derechos fundamentales, dos de ellas pronunciadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 2 de marzo de 1977, sobre los límites constitucionales entre la *información gubernamental y la propaganda política*, y respecto a la libertad *constitucional de expresión de los miembros del ejército*, la segunda con votos particulares de los magistrados Rottman, Geiger y Hirsch; y la resolución del mismo Tribunal de 21 de junio del mismo año de 1977, en la que se abordó el difícil problema de la *constitucionalidad de la prisión perpetua*.<sup>108</sup>

### VII. *Publicación de votos de disidencia*

140. Además de las resoluciones que en vía de ejemplo hemos mencionado en los párrafos anteriores, para la debida comprensión del importante papel que desempeña el Tribunal Federal Constitucional alemán en la protección jurídica de los derechos fundamentales, debemos hacer referencia, también de manera sucinta, a dos instituciones que han permitido otorgar a la delicada función de justicia constitucional del propio Tribunal, carácter flexible y equilibrado, que le han sido útiles para evitar enfrentamientos con los otros órganos del poder de la República Federal de Alemania, especialmente con el Parlamento y el Gobierno.

141. La primera de dichas instituciones radica en la *publicación de votos de disidencia* -que en el derecho mexicano reciben el calificativo de “votos particulares”- de los magistrados de la minoría, tomando en consideración que el texto original del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, había consagrado el

candidatos a la judicatura, a los aspirantes que se hubiesen distinguido por su extremismo político, y que puede consultarse en el cuidadoso estudio del mismo tratadista francés, “*République Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977*”, en la citada *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, noviembre-diciembre de 1978, pp. 1559-1560.

<sup>108</sup>Cfr. Fromont, Michel, “*Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977*”, *cit.*, nota anterior, pp. 1557-1565.

principio predominante en los tribunales europeos, del secreto en la discusión de la sentencia y de sus fundamentos,<sup>109</sup> pero en virtud de una discusión doctrinal muy intensa, se efectuó una reforma a la propia Ley Orgánica, por ley promulgada el 2 de febrero de 1971, adicionando el precepto mencionado con una disposición que autorizó expresamente la publicación de los votos minoritarios, los que tienden a otorgar equilibrio a los fallos del propio tribunal, según se ha señalado en algunas de las resoluciones mencionadas en los párrafos anteriores y que como ha ocurrido en los países angloamericanos en los cuales los votos de disidencia son frecuentes, éstos han servido de base para la evolución de la jurisprudencia.<sup>110</sup>

### VIII. Interpretación de la conformidad constitucional

142. El instrumento de mayor trascendencia en la justicia constitucional alemana de los últimos años, es el que ha utilizado con frecuencia el propio Tribunal Federal Constitucional, y que le ha permitido evitar las declaraciones expresas de inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, ya sea a través de la impugnación directa o a través del recurso constitucional, las que implican la nulidad de las propias disposiciones con todas sus graves consecuencias;<sup>111</sup> prefiriendo, en cambio, la interpretación,<sup>112</sup> que permite

<sup>109</sup>En relación con el problema de los votos de disidencia o particulares en los tribunales supremos, puede consultarse la obra colectiva editada por el ilustre tratadista italiano Mortati, Constantino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.

<sup>110</sup>La nueva disposición, que figura como fracción II del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, establece: "Cuando un juez ha sostenido en el curso de la discusión de la sentencia una opinión divergente sobre el tema de la decisión o de sus fundamentos, pueden exponerla a continuación del fallo. Las Salas pueden igualmente indicar en sus fallos la distribución de los votos. El Pleno del Tribunal expedirá un reglamento para regular el procedimiento en el cual se establezcan las modalidades de aplicación de esta institución".

<sup>111</sup>*Cfr.* Fromont, Michel "Le Tribunal constitutionnel fédéral en 1970", *cit.*, *supra* nota 105, pp. 1414-1416.

<sup>112</sup>Sobre la importancia de la interpretación constitucional, *cfr.*, entre

armonizar el ordenamiento cuestionado con los principios y disposiciones de la Ley Fundamental, y que ha recibido el nombre difícilmente traducible de *verfassungskonforme Auslegung* (interpretación de la conformidad constitucional),<sup>113</sup> y que por las evidentes ventajas que implica, se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de la anulación.

143. Este procedimiento de la *verfassungskonforme Auslegung* o interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la Ley Fundamental, puede describirse como la declaración, por parte del órgano de justicia constitucional, de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones posibles de los preceptos cuestionados, lo que equivale a una especie de anulación parcial; o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la Ley Fundamental, y en ambos supuestos tanto los tribunales como las autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo de acuerdo con el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual también orienta al organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad.<sup>114</sup>

144. Este instrumento de interpretación por parte del órgano de justicia constitucional, puede traducirse también, como se ha mencionado en la última parte del párrafo anterior, en la posibilidad de llamar la atención del parlamento federal o de los órganos legislativos pro-

otros, Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9-58; Pierandrei, Franco, "L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en su obra *Scritti de diritto costituzionale*, Torino, 1964, vol. II, pp. 645 y ss.; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), Heidelberg-Karlsruhe, 1976, quien dedica el parágrafo segundo del primer capítulo, a la *Verfassungsinterpretation*, pp. 20-34.

<sup>113</sup>Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetz- auslegung*, cit., supra nota 59, pp. 90-135; Hesse, Konrad, *op. ult. cit.*, pp. 31-33.

<sup>114</sup>Fromont, Michel, "République Fédérale d'Allemagne. Les principaux événements. . . survenus en 1975", cit., supra nota 106, pp. 363-365.

vinciales, en su caso, para que subsanen las omisiones en que hubiesen incurrido o tomen las medidas legislativas necesarias para evitar una futura declaración de inconstitucionalidad por el propio Tribunal Federal Constitucional. La primera hipótesis la podemos ilustrar con la resolución del propio Tribunal de 29 de enero de 1969, en cuanto estimó que el legislador no había cumplido con el mandato del Constituyente para impedir la *discriminación en contra de los hijos ilegítimos*;<sup>115</sup> y el segundo supuesto lo descubrimos en varios fallos del propio Tribunal en los cuales declaró que las disposiciones legislativas cuestionadas debían estimarse conforme a la Ley Fundamental en ese momento, pero que en el futuro podían ser consideradas inconstitucionales si en un plazo razonable el organismo legislativo competente no modificaba o reformaba dichos preceptos impugnados.<sup>116</sup>

145. Estas advertencias o declaraciones orientadoras del Tribunal Federal Constitucional, que además no asumen carácter rígido, sino que otorgan alternativas al legislador, han tenido resultados positivos, ya que los parlamentos correspondientes han expedido de manera oportuna las disposiciones legislativas sugeridas por el Tribunal Federal Constitucional, y por ello es que el procedimiento de interpretación constitucional de carácter armónico, ha sido considerado por la doctrina como una institución flexible y efectiva.<sup>117</sup>

### *IX. Procedimiento de pérdida o suspensión de los derechos humanos*

146. Un aspecto novedoso del sistema alemán occidental de justicia constitucional en cuanto a la tutela procesal de los derechos fundamentales, consistente en el procedimiento de pérdida o suspensión de

<sup>115</sup>Cfr. Frisch Phillip, Walter y Torres Eyra, Sergio "Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México", en *El Foro*, México, abril-junio de 1970, pp. 45-68.

<sup>116</sup>Cfr. Rupp von Brünneck, Wiltraut, "Germany: The Federal Constitutional Court", en la serie de estudios agrupados bajo la denominación "Admonitory Functions of Constitutional Courts", en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, verano de 1972, pp. 387-403.

<sup>117</sup>Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Auslegung*, cit., supra nota 59, pp. 304-307.

algunos de estos derechos, en el supuesto de que se abuse de su ejercicio, en los términos del artículo 18 de la Constitución Federal,<sup>118</sup> correspondiendo al propio Tribunal Constitucional Federal la declaración respectiva, a través de un procedimiento contradictorio regulado por los artículos 39 a 42 de la Ley Orgánica del citado Tribunal.<sup>119</sup>

147. La petición para la pérdida o suspensión de los derechos fundamentales se atribuye a la Asamblea Federal (*Bundestag*) o al Gobierno Federal o al de una Provincia (artículo 36 de la Ley Orgánica), correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal, después de oír al demandado, determinar los derechos fundamentales que deben afectarse, con las limitaciones en cuanto a tiempo y forma, siempre que no se menoscaben otros derechos, pudiendo también declarar la pérdida del derecho electoral activo y pasivo y de la capacidad para ocupar cargos públicos, y si se trata de personas jurídicas colectivas, el referido Tribunal puede decretar su disolución (artículo 39 de la ley).

148. Se ha establecido, además, un mecanismo para revocar el fallo que declare la pérdida o suspensión de los derechos humanos por tiempo ilimitado o por un plazo mayor de un año, ya que una vez transcurridos dos años de haberse dictado la sentencia, el anterior solicitante o el sentenciado, pueden acudir ante el propio Tribunal Constitucional Federal, para que revoque total o parcialmente la pérdida o reduzca su duración, y esa petición puede repetirse después de un año a partir de la última decisión del Tribunal (artículo 40 de la Ley).

149. El procedimiento de pérdida o suspensión en el ejercicio de los

<sup>118</sup>El artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: “Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, inciso 1o.); la libertad de enseñanza (artículo 5, inciso 3); la de reunión (artículo 8); la de asociación (artículo 9); el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10); así como el derecho de propiedad (artículo 14) y el de asilo (artículo 14), *todo aquel que abuse de los mismos con el objeto de combatir el régimen fundamental de libertad y democracia. La pérdida y el alcance de la misma serán resueltos por el Tribunal Federal Constitucional*”.

<sup>119</sup>Cfr. Friesenhahn, Ernst, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *cit.*; *supra* nota 77, pp. 179-181.

derechos fundamentales pudiera parecer contrario, a primera vista, a la protección de los mismos derechos, pero en el fondo puede traducirse en una tutela indirecta, claro que no de los correspondientes al condenado, pero sí respecto de otros gobernados, ya que el abuso del ejercicio de los derechos humanos generalmente se traduce en una invasión de la esfera de la libertad de los demás o de algunos gobernados, y además resulta saludable establecer un equilibrio entre autoridad y libertad, tomando en cuenta, por otra parte, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regula un conjunto de mecanismos para evitar el menoscabo permanente en el goce de los derechos cuyo abuso se ha declarado.

#### X. *La Corte Constitucional italiana*

150. La Constitución republicana de Italia, que entró en vigor el 1o. de enero de 1948, estableció en sus artículos 134 a 137, una Corte Constitucional,<sup>120</sup> la cual, por razones de carácter político, no pudo funcionar inmediatamente, sino que se integró hasta el año de 1956, habiendo dictado su primera sentencia el 14 de julio de ese mismo año.<sup>121</sup>

151. Esta Corte Constitucional se inspira también en el modelo austriaco en cuanto a la declaración general de inconstitucionalidad, pero se aparta de éste en la forma de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso concreto.

<sup>120</sup>Preceptos reglamentados por las leyes constitucionales de 9 de febrero de 1948, núm. 1, y 11 de marzo de 1953, núm. 1; por las leyes ordinarias de 11 de marzo de 1953, núm. 87; de 18 de marzo de 1958, núm. 265, y de 25 de enero de 1962, núm. 20; por las disposiciones integrativas formuladas por la misma Corte Constitucional el 16 de marzo de 1956, y finalmente, por el reglamento general, también expedido por la propia Corte, el 22 de abril de 1958.

<sup>121</sup>Sentencia publicada en la *Rivista di diritto processuale*, Padova, julio-septiembre de 1956, segunda parte, pp. 149 y ss., acompañada por un profundo comentario del ilustre procesalista florentino Calamandrei, Piero, "La prima sentenza della Corte Costituzionale", este último estudio traducido por Sentís Melendo, Santiago con el título "La primera sentencia de la Corte Constitucional", en el volumen del propio Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, pp. 185-198.

152. En efecto, en esta materia el ordenamiento italiano configura dos vías para elevar a la Corte Constitucional la contradicción entre una ley ordinaria y la Carta Fundamental: una que podemos considerar incidental o prejudicial, y la otra por la vía de acción directa.

153. En el primer caso se trata de la impugnación de las disposiciones de un ordenamiento cuando el problema se plantea de oficio por el juez de la causa, a petición de una de las partes o del Ministerio Público, en un proceso concreto, en los términos de los artículos 1o. de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1, y 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, número 87.

154. En tal virtud, si el juzgador considera que el proceso ordinario sometido a su conocimiento no puede ser resuelto con independencia de la decisión que se dé a la cuestión de constitucionalidad, y además, siempre que la propia cuestión no carezca manifiestamente de fundamento, dicta una resolución (ordenanza), remitiendo los autos a la citada Corte Constitucional,<sup>122</sup> de manera que, el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino a la cuestión de constitucionalidad que ha surgido en el proceso concreto respectivo, ya que a él le corresponde exclusivamente decidir sobre la relevancia o procedencia de la propia cuestión.

155. El otro medio de plantear la inconstitucionalidad de los ordenamientos legales ante la Corte Constitucional es calificado como *acción directa de inconstitucionalidad* por la doctrina,<sup>123</sup> y se trata de las impugnaciones que pueden intentar el gobierno nacional respecto de una ley regional; o los gobiernos regionales cuando demandan la inconstitucionalidad de una ley nacional o bien la de otra región (ar-

<sup>122</sup>En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad por estimar que no tiene relación con la causa o por considerarla manifiestamente infundada, esta resolución no impide, en los términos del artículo 24, de la citada Ley núm. 87 de 1953, que el problema de constitucionalidad se vuelva a plantear en cualquier grado del proceso; pero sólo cuando el tribunal de instancia considere pertinente esta cuestión, podrá elevarse a la Corte Constitucional.

<sup>123</sup>Cfr. Calamandrei, Piero, "Corte Constitucional y autoridad judicial", trad. de Sentís Melendo, Santiago, en la obra ya mencionada en la nota 121, *Estudios sobre el proceso civil*, p. 128.

títulos 31, 32 y 33 de la Ley número 87 de 1953).<sup>124</sup>

156. Tanto en el supuesto de la impugnación por la vía incidental o prejudicial, como cuando se intenta por el gobierno de la República o de las regiones la acción directa de inconstitucionalidad, si la Corte Constitucional estima que existe contradicción entre el ordenamiento combatido y la Carta Fundamental, su resolución asume efectos generales (*erga omnes*), ya que el artículo 136 de la Ley Suprema establece categóricamente: “Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una disposición legal o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión”.<sup>125</sup>

157. Sin embargo, debe lamentarse en el sistema italiano la ausencia de un instrumento similar al recurso constitucional de los ordena-

<sup>124</sup>Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La Corte Constitucional italiana”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 31, Caracas, 1965, pp. 229-232; Sandulli, Aldo M., “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien” (La jurisdicción constitucional en Italia), en la obra colectiva *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., supra nota 2, pp. 301-305; versión italiana con el título “La giustizia costituzionale in Italia”, sobretiro de *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1961, pp. 8-9.

<sup>125</sup>A su vez, la parte relativa del artículo 30 de la citada Ley núm. 87 de 1953, determina que: “Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. . .”, pero dispone más adelante, que: “si con apoyo en la ley declarada inconstitucional se ha pronunciado una sentencia de condena en materia penal, cesarán la ejecución de esa sentencia y todos sus efectos penales”, lo que significa que, en principio, la declaración general de inconstitucionalidad no puede aplicarse retroactivamente, pero sí opera para el pasado tratándose de la ejecución de sentencias penales y en el juicio concreto en el cual surgió la cuestión que dio lugar a la declaración, por lo que se habla de un doble efecto de la sentencia de inconstitucionalidad, es decir, “declarativo y constitutivo” a la vez, o bien de abrogación y de desaplicación. Cfr. Pierandrei, Franco, “Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura, eficacia, ejecución)”, en su obra *Scritti di diritto costituzionale*, cit., supra nota 112, tomo III, pp. 122-129; Guarino, Giuseppe, “Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittimi”, en *Jus*, Milano, septiembre de 1951, pp. 356-386; Brunori, Ernesto, *La Corte Costituzionale*, Firenze, 1952, p. 32; Stendardi, Gian Galeazzo, *La Corte costituzionale*, Milano, 1955, p. 112; Curci, Pasquale, *La Corte costituzionale*, Milano, 1956, p. 25; Garbagnati, Eduardo, “Sull’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale”, en la obra *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, pp. 208 y ss.; Espósito, Carlo, “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia” en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1950, pp. 294-308.

mientos de Austria, Alemania Occidental y de Suiza, que pudiera promoverse por los afectados directamente ante la Corte Constitucional, con mayor razón si tomamos en cuenta que la citada Carta Constitucional italiana de 1948 contiene una declaración de derechos tanto individuales como de carácter social que debe estimarse como una de las más adelantadas y progresistas de la segunda posguerra.<sup>126</sup>

158. En tales condiciones, corresponde esencialmente a la mencionada Corte Constitucional a través de su función de control de la constitucionalidad de las leyes, tanto en la vía prejudicial como a través de la acción directa -más frecuentemente la primera que la segunda- tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, al declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de aquellos ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los citados derechos fundamentales.

159. Se ha hecho notar que la Corte Constitucional italiana ha desarrollado una labor extremadamente cautelosa en el campo de la justicia constitucional, no obstante las amplias facultades de la que está dotada tanto por la Carta Fundamental como por las leyes reglamentarias, y que un sector de la doctrina considera que debiera actuar en forma más decidida en la orientación política del Estado italiano;<sup>127</sup> sin embargo, no puede desconocerse su tarea para definir, así sea en forma paulatina, el alcance de varias disposiciones de la Carta Fundamental que consagran derechos de la persona humana.

<sup>126</sup>Cfr. Ollero, Carlos, *El derecho constitucional de la posguerra. Apuntes para su estudio*, Barcelona, 1949, pp. 52 y ss. Sobre los aspectos comparativos entre Italia y la República Federal de Alemania, debido a la ausencia en la primera de un recurso constitucional similar a la *Verfassungsbeschwerde*, cfr. Cappelletti, Mauro, "El recurso constitucional en el sistema de las impugnaciones", *cit.*, *supra* nota 86, pp. 515-518.

<sup>127</sup>Cfr. Bognetti, Giovanni, "La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico", en *Jus*, Milano, enero-junio de 1967, pp. 118-126; Elia, Leopoldo, "La Corte a chiuso un occhio (o forse tutti e due)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1970, pp. 946-953. Respecto a la extensión de los derechos fundamentales, puede consultarse el minucioso estudio de Calamandrei, Piero y Barile, Paolo, "Die Grundfreiheiten in Italien" (Las libertades fundamentales en Italia), en la obra ya citada, *Die Grundrechte*, *supra* nota 25, vol. I, tomo II, pp. 742-796.

160. En efecto, la Corte Constitucional italiana en los veinte años que lleva de actividad ha dejado sin efecto varias disposiciones y ordenamientos, especialmente los promulgados durante el fascismo y no derogados expresamente por la legislación posterior, que resultan incompatibles con la declaración de derechos contenida en la Carta Suprema de 1948.

161. En el terreno de la libertad personal, la propia Corte ha depurado varios preceptos del Código de Procedimientos Penales con el fin de otorgar al acusado un adecuado derecho de defensa en los términos del artículo 24 constitucional,<sup>128</sup> inclusive en la etapa de la investigación previa a la instrucción,<sup>129</sup> y si bien la jurisprudencia de la propia Corte ha sentado los principios esenciales de las garantías procesales del acusado en materia penal con mayor amplitud, no ha dejado tampoco de precisar la situación de las partes en el proceso civil, de acuerdo con el mismo derecho de defensa establecido por el referido artículo 24 constitucional.<sup>130</sup>

162. Además, la propia Corte Constitucional ha delimitado los derechos fundamentales de los gobernados por lo que se refiere al principio de igualdad consagrado por el artículo 3o. de la Carta Fundamen-

<sup>128</sup>El citado artículo 24 constitucional dispone: "Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y las modalidades para la reparación de los errores judiciales."

<sup>129</sup>Ver sentencias de 5 de julio de 1968, núm. 86 y de 3 de diciembre de 1969, núm. 148, con observaciones a esta última por Amodio, Ennio, "Attuazione giudiziale e attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1968, pp. 1430 y ss., y 1969, pp. 2249-2276.

<sup>130</sup> Cfr. Vigoriti, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile (Due Process of Law e art. 24 Cost.)*, Milano, 1970, esp. pp. 52-170; *Id.* "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)" en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1965, pp. 516-533; Cappelletti, Mauro, "Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la jurisprudencia constitucional (artículo 24 de la Constitución y Due Process of Law Clause)", en su libro ya mencionado *Proceso, ideologías, sociedad*, supra nota 86, pp. 477-486.

tal,<sup>131</sup> especialmente por lo que se refiere a la situación jurídica del hombre y la mujer;<sup>132</sup> al derecho al juez natural determinado por el artículo 25 de la misma Constitución republicana;<sup>133</sup> y al derecho de huelga previsto por el artículo 40 de la misma Ley Fundamental.<sup>134</sup>

163. Podemos considerar que no obstante algunas vacilaciones señaladas por la doctrina, el balance de la labor de la Corte Constitucional italiana en beneficio de la tutela de los derechos humanos ha sido altamente positivo, y lo sería aún más si el ordenamiento constitucional italiano contase con un recurso o acción inconstitucional que pudiesen interponer los particulares lesionados en sus derechos fundamentales, ante la propia Corte Constitucional.<sup>135</sup>

<sup>131</sup>En la parte relativa del citado artículo 3o. constitucional, se dispone: "Todos los ciudadanos tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales. . ."

<sup>132</sup>Podemos citar como ejemplo la sentencia de 3 de diciembre de 1969, núm. 147, con anotaciones de Gianzi, Giuseppe, "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione adulterina e di concubinato", y de Carlassarre, Lorenza, "Una scelta politica della Corte, la depenalizzazione della relazione adulterina y del concubinato", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1969, pp. 2230-2248 y 2659-2670, respectivamente.

<sup>133</sup>En el primer párrafo del citado artículo 25 de la Carta Fundamental italiana se establece: "Nadie puede ser desviado del juez natural preconstituido por la ley. . .", *cfr.* Liso, Roberto de, "Naturalità e preconstituzione del giudice nell'art. 25 della Costituzione", en el mismo número de *Giurisprudenza Costituzionale*, citado en la nota anterior, pp. 2671-2710.

<sup>134</sup>El mencionado artículo 40 de la Constitución italiana dispone escuetamente: "El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulan". Ver al respecto la sentencia de 17 de marzo de 1969, núm. 31, con reseña de Nappi Modona, Guido, "Sciopero nei pubblici servizi, ordinamento corporativo e politica costituzionale", y de Zaccari, Roberto, "Illegittimità dell art. 330 c. p.: una altra sentenza difficile della Corte Costituzionale", ambas en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1970, pp. 411-447. También puede consultarse la reseña de Onida, Valerio, "Luci e ombre della giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero", en la misma *Revista*, pp. 898-934.

<sup>135</sup>*Cfr.* Rubio Llorente, Francisco, "La Corte Constitucional italiana", *cit.*, *supra* nota 124, p. 212; Crizafulli, Vezio, "La funzione della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, abril-junio de 1966, pp. 206-232; Bognetti, Giovanni, "La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato", *cit.*, *supra* nota 127, pp. 109-126.

## XI. *La Corte de Casación y el Consejo de Estado como protectores de los derechos humanos*

164. Por otra parte, la tutela procesal de los derechos humanos no se realiza en Italia únicamente por la Corte Constitucional mencionada, sino también por otros dos organismos, que se crearon desde el siglo anterior por influencia francesa; nos referimos a la Corte de Casación y al Consejo de Estado, que en sus respectivas esferas protegen a los particulares frente a los actos o resoluciones que menoscaben sus derechos fundamentales, especialmente cuando provienen de autoridades administrativas.

165. Además, de acuerdo con la tradición italiana, que recoge la Constitución de 1948, existe una división entre intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados, y los primeros en su mayor parte, salvo casos especiales, deben hacerse valer ante los tribunales administrativos y en última instancia, ante el Consejo de Estado,<sup>136</sup> en tanto que la defensa de los derechos subjetivos corresponden esencialmente a las autoridades judiciales, y en último grado, a la Corte de Casación, la que por este motivo posee una mayor intervención en esta materia que la que le corresponde a la Corte de Casación francesa, según lo expresamos anteriormente.

166. A este respecto podemos señalar que en la prestigiada revista italiana *Giurisprudenza Costituzionale* que aparece desde que inició sus actividades la Corte Constitucional para dar a conocer las sentencias de dicho organismo y los comentarios doctrinales sobre las mis-

<sup>136</sup>Según la parte relativa del artículo 103 de la Constitución italiana, “El Consejo de Estado y los otros órganos de justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela, frente a la administración pública, de los intereses legítimos, y en los casos particularmente indicados en la ley, también de los derechos subjetivos. . .” *Cfr.* Paleologo, Giovanni, “Il Consiglio di Stato italiano. Struttura e funzioni”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, abril-junio de 1966, pp. 303-353; Bachelet, Vittorio, “La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Italie”, en la obra varias veces citada *Gerichtsschutz gegen die Exekutiv*, *supra* nota 7, tomo I, pp. 485-488; Miele, Giovanni, “Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, enero-marzo de 1966, pp. 1-31; Auby, Jean Marie y Fromont, Michel, *Les recours*, *cit.*, *supra* nota 19, pp. 310-330.

mas, publica eventualmente una sección que se refiere a las decisiones de relieve constitucional (*decisioni di rilievo costituzionale*) en la que se hace referencia a las resoluciones de los tribunales ordinarios o administrativos en las que se deciden problemas constitucionales, en la inteligencia de que la mayoría de estas resoluciones han sido pronunciadas por el Pleno (Secciones Reunidas) de la Corte de Casación. 167. Esta intervención de la citada Corte de Casación italiana en la tutela de los derechos subjetivos de los administrados, y así sea indirectamente, los de carácter constitucional, ha provocado razonamientos con la Corte Constitucional, ya que en ocasiones han resuelto ambos organismos problemas similares, particularmente tratándose de derechos humanos, de manera diversa, ya que el tribunal especializado, con un espíritu interpretativo más liberal,<sup>137</sup> se ha enfrentado a un criterio más conservador de la Corte de Casación -que ya había demostrado cuando dicha Corte tenía a su cargo la justicia constitucional desde 1948 hasta 1956 en que entró en funciones la Corte Constitucional.<sup>138</sup> integrada por jueces profesionales que poseen una preparación tradicional,<sup>139</sup> buscándose actualmente un punto de equilibrio entre estos dos organismos.<sup>140</sup>

<sup>137</sup>Sobre la labor de interpretación constitucional de la Corte italiana, *cfr.* Haak, Volker, *Normenkontrolle, cit., supra* nota 59, pp. 12-54.

<sup>138</sup>*Cfr.* Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional en Italia”, *cit., supra* nota 10, pp. 41-43.

<sup>139</sup>Respecto a la integración de la Corte Constitucional italiana, se ha buscado un sistema que combine la trascendencia de las corrientes políticas, con la más severa imparcialidad, y por ello es que predomina el criterio técnico, en cuanto si bien los quince jueces que forman parte de dicho Tribunal son designados por terceras partes, por el Presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa, esta elección no puede recaer, según el artículo 135 constitucional, sino “entre los magistrados, inclusive los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los profesores titulares de las Universidades, en materias jurídicas, y los abogados con veinte años de ejercicio”. *Cfr.* Sandulli, Aldo M., “L’indipendenza della Corte costituzionale”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, enero-marzo de 1966, pp. 37-51; Rubio Llorente, Francisco “La Corte Constitucional italiana”, *cit., supra* nota 124, pp. 207-211.

<sup>140</sup>*Cfr.* Merryman, John Henry, y Vigoriti, Vincenzo, “When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy”, en *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, vol. 15, núm. 4, 1966-1967, pp. 665-686.

168. Esta situación de conflicto que eventualmente puede presentarse entre la Corte de Casación -y en menor escala respecto del Consejo de Estado- y la Corte Constitucional italiana, en relación con la tutela procesal indirecta de los derechos fundamentales, refuerza la lucha de un sector de la doctrina por el establecimiento de un recurso constitucional específico que pudieran utilizar los particulares ante la propia Corte Constitucional para proteger los derechos fundamentales afectados por actos o resolución de cualquier autoridad, ya que la tutela indirecta antes mencionada resulta insuficiente, como lo ha demostrado con gran profundidad el tratadista Mauro Cappelletti.<sup>141</sup>

169. La doctrina ha destacado la prudencia y el equilibrio con los cuales ha realizado su función de justicia constitucional la Corte italiana, la que ha utilizado también el método interpretativo,<sup>142</sup> para evitar hasta donde sea posible, los graves efectos derivados de una declaración general de inconstitucionalidad, de manera que en varias ocasiones dicho Alto Tribunal ha procurado armonizar las disposiciones legislativas impugnadas con los principios y disposiciones de la Carta Fundamental, señalando tanto al Parlamento como a los tribunales ordinarios, incluyendo la Corte de Casación -la que, como señalamos anteriormente ha asumido en ocasiones opiniones discrepantes- la orientación adecuada, tanto para tomar las medidas legislativas convenientes, como para adoptar los criterios interpretativos armonizadores, que impidan la declaración general de inconstitucionalidad, y por tanto, la nulidad de los preceptos cuestionados ante la Corte Constitucional.<sup>143</sup>

<sup>141</sup>En realidad su magnífico libro mencionado en varias ocasiones en este trabajo, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, *supra* nota 70, especialmente en las pp. 111 y ss., contiene un alegato muy convincente para el establecimiento de un instrumento procesal para la tutela directa y específica de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución italiana, en forma similar al que existe en los países que estudia con preferencia, es decir, la República Federal de Alemania, Suiza y Austria.

<sup>142</sup>Para la situación similar respecto del Tribunal Federal Constitucional alemán, véase texto, *supra*, párrafos, 142-145.

<sup>143</sup>*Cfr.*, el documentado estudio de Vigoriti, Vincenzo, "Admonitory Functions of Constitutional Courts. Italy: The Constitutional Court" en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, verano de 1972, pp. 404-414.

## XII. El recurso de *dè*recho pùblico en Suiza

170. La situación regulada por el ordenamiento constitucional suizo es diverso del que predomina en Italia y la República Federal de Alemania, descritos brevemente con anterioridad, ya que Suiza se afilió al sistema calificado como “americano” (ver *supra* párrafo 2), pero en cambio se ha consagrado en la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874, un *recurso de derecho pùblico* (*Staatsrechtliche Beschwerde*), en los términos del artículo 113, inciso 3.<sup>144</sup>

171. Aun cuando el citado precepto está redactado en términos generales, ya que de acuerdo con el mismo: “El Tribunal Federal conoce, además. . . 3) *De las reclamaciones por violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos*, así como de las reclamaciones de particulares por violación de concordatos y de tratados. . .”, el diverso artículo 84 de la Ley de Organización Judicial Federal de 16 de diciembre de 1943, el que por otra parte no hace sino reiterar las disposiciones relativas de las leyes anteriores de 1847 y 1893, limita la esfera de aplicación del citado recurso de derecho pùblico a la impugnación de los actos administrativos, legislativos y judiciales de autoridades cantonales, cuando infrinjan los derechos fundamentales reconocidos tanto por la Constitución Federal, como por las Cartas Fundamentales de los Cantones.<sup>145</sup>

172. Esta limitación a los actos y leyes locales como objeto de impugnación del recurso de derecho pùblico ha sido objeto de críticas

<sup>144</sup>Cfr. Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz*, cit., *supra* nota 70, pp. 45-50; Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 20-22; Imboden, Max, “*Verfassungsgerechtigkeit in der Schweiz*”, cit., *supra* nota 2, pp. 520-521; Eichenberger, Kurt, “*Der gerichtliche Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz*” (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Suiza), en la obra ya mencionada *Gerichtsschutz gegen die Executive*, *supra* nota 7, tomo II, pp. 984-985; Huber, Hans, “*Die Grundrechte in der Schweiz*”, en la obra *Die Grundrechte*, cit., *supra* nota 25, vol. I, primera parte, pp. 210-215; Habscheid, Walther J., *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, 1975, pp. 483-484.

<sup>145</sup>Cfr. Pierandrei, Franco, “*Le garanzie costituzionali nelle Confederazione Elvetica*”, en su obra ya citada *Scritti di diritto costituzionale*, *supra* nota 112, vol. III, pp. 510-512.

doctrinales y además se ha intentado superar en varias ocasiones, a través de dos iniciativas parlamentarias presentadas en 1923 y 1925, y una iniciativa popular en 1936, con la pretensión de introducir las disposiciones constitucionales expresas para comprender también a leyes y actos de autoridades federales, pero dichas iniciativas no han tenido éxito<sup>146</sup> y por ello tal vez se explica que se hubiese adoptado una solución intermedia en el Proyecto de Constitución Federal publicado en 1977, en el cual se introduce una alternativa en el artículo 109 (que por cierto lleva el título general de “Jurisdicción constitucional”), fracción 3a., ya que en su primera variante se propone que “La inconstitucionalidad de una ley federal puede, no obstante, ser invocada respecto de sus actos de aplicación”, y en la segunda, sólo se contempla en la fracción 2a. (que regula los supuestos de improcedencia de las impugnaciones ante el Tribunal Federal), en cuyo inciso a) se establece que no pueden ser atacadas: “Las leyes federales, los decretos federales y los tratados y otros actos internacionales, ni directamente ni a través de sus actos de aplicación”.<sup>147</sup>

173. El recurso de derecho público puede ser interpuesto por cualquier afectado en sus derechos fundamentales por la actividad de las autoridades cantonales, y cuando se trata de la impugnación de disposiciones legislativas también de carácter local, dicha afectación puede ser inclusive de carácter potencial, lo que implica una gran liberalidad en la admisión del propio recurso.<sup>148</sup>

174. La restricción de la procedencia del propio recurso constitucional suizo respecto de actos de autoridades federales no resulta tan grave como a primera vista parece, si se toma en consideración, como lo hace notar el tratadista italiano Franco Pierandrei, que a partir de 1929, el Tribunal Federal también conoce, en última instancia, de las impugnaciones contra resoluciones de carácter administrativo, inclu-

<sup>146</sup>Cfr. Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz*, cit., *supra* nota 70, p. 50.

<sup>147</sup>Cfr. Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, *Projet de Constitution*, Berna, 1977, pp. 24-25.

<sup>148</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 21-22.

yendo las de la Confederación, por lo que a través de los medios de impugnación contra estas últimas se obtiene una tutela indirecta de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.<sup>149</sup>

175. Con las restricciones que se han señalado, la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo en el campo de la tutela de los derechos fundamentales ha sido apreciable, y además también ha utilizado los instrumentos de interpretación para orientar a los restantes órganos del poder, así como a los tribunales inferiores, de manera de armonizar las disposiciones legales impugnadas con el contenido de los preceptos de la Carta Federal y de las Constituciones cantonales,<sup>150</sup> ya sea a través del recurso de derecho público, o por conducto de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, si bien esta última con efectos de desaplicación de las mismas en cada caso concreto, de acuerdo con el sistema calificado como americano.<sup>151</sup>

176. Finalmente, debe hacerse notar que en su función de órgano supremo de casación, el propio Tribunal Federal suizo, a través de los llamados recursos de reforma (*Bundesrechtliche Berufung*) o de nulidad (*Bundesrechtliche Nichtigkeitbeschwerde*), puede establecer la interpretación de las normas de carácter federal -tomando en cuenta que los códigos de fondo son de competencia federal- y en esta forma indirecta también puede decidir sobre la conformidad constitucional de disposiciones legislativas de la Confederación.<sup>152</sup>

<sup>149</sup>“Le garanzie costituzionali”, *cit.*, *supra* nota 145, pp. 512-513; Eichenberger, Kurt, “Der gerichtliche Rechtsschutz”, *cit.*, *supra* nota 144, pp. 966-967; Habscheid, Walther J., *Droit judiciaire privé*, *cit.*, *supra* nota 144, p. 483.

<sup>150</sup>*Cfr.* Haak, Volker, *Normenkontrolle*, *cit.*, *supra* nota 59, pp. 55-76.

<sup>151</sup>*Cfr.* Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, *cit.*, *supra* nota 14, p. 36; Imboden, Max, “Verfassungsgerichtsbarkeit”, *cit.*, *supra* nota 2, pp. 511-515; Pierandrei, Franco, “Le garanzie costituzionali”, *cit.*, *supra* nota 145, pp. 485-497.

<sup>152</sup>*Cfr.* Haak, Volker, *Normenkontrolle*, *cit.*, *supra* nota 59, pp. 76-83.