

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE JUEZ Y LEGISLADOR

Dr. Roberto Romboli¹

Con respecto a los derechos fundamentales, es posible, al menos en abstracto, mantener separados dos aspectos: uno, anterior en el tiempo, acerca de la determinación y la identificación de los mismos y de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que se haya lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Valga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no solo se encuentre reconocido en una carta de forma solemne, sino que también sea garantizado de manera efectiva en el caso de su violación.

Entonces hay que mirar a la identificación y a la protección de los derechos fundamentales no como a dos momentos teóricamente separables, sino estrechamente relacionados, como las dos caras de una misma moneda.

Hablar por lo tanto de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales

parece conducir a una solución fácil e inmediata, en aplicación del principio clásico de la separación de poderes: el primero aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho político y derecho jurisdiccional) se encuentran inevitablemente estrechamente entrelazadas.

Acerca del primer aspecto (identificación de los derechos), una demostración de la existencia de esta interrelación se puede encontrar en las notas problemáticas de los llamados “nuevos derechos”, en buena medida basados en la naturaleza creativa de la jurisprudencia.

La Constitución italiana no contiene, a diferencia de otras, un catálogo específico y detallado de los derechos fundamentales y ha sido durante mucho tiempo la jurisprudencia

¹ *Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Coordinador Científico de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos [http:// corsoaltaformazione.pisa.it/](http://corsoaltaformazione.pisa.it/). En su amplia producción científica (con más de trescientos estudios) se ha ocupado de temas de derecho constitucional y derecho público, en particular: derechos fundamentales, sistema de las fuentes, justicia constitucional y ordenamiento judicial. Entre sus publicaciones resalta el *Manuale di Diritto Costituzionale ed Europeo* (tres tomos) y el *Manuale di Giustizia Costituzionale*.*

constitucional, así como la doctrina predominante, quienes establecieron que la expresión “derechos inviolables” contenida en el artículo 2 de la Constitución tenía que considerarse una “norma abierta”, lo cual ha permitido así la identificación de “nuevos derechos”.

Esta feliz expresión no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho no contemplado en el texto constitucional, puede “crearse” más o menos *ex novo* por el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios.

El carácter rígido de la Constitución requeriría por cierto para tal operación el proceso de revisión constitucional, por lo que con la expresión anterior debe entenderse más bien la posibilidad de que la noción de “derechos inalienables” o de derechos fundamentales puede ser determinada y especificada, así como, obviamente, a través de la intervención del legislador, incluso por los tribunales, aunque con diferentes métodos y límites, siendo claramente diferente su legitimidad a la hora de crear derecho.

Muchos podrían ser los ejemplos de identificación y confirmación de los “nuevos derechos” por el Tribunal Constitucional y los jueces comunes acerca del segundo aspecto (garantía de los derechos), en primer lugar es claro que todas las formas de protección, las condiciones y los límites de la actividad del Poder Judicial (incluido en eso el Tribunal Constitucional) son obviamente establecidas por leyes, constitucionales u ordinarias emitidas por el Parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente al juez constitucional para garantizar un

derecho fundamental, como en el caso de la Constitución española, con referencia al instrumento del amparo constitucional, profundamente enmendado en el 2007 por el legislador.

O lo que ha sucedido más recientemente en Francia con la introducción de un acceso en vía incidental frente al *Conseil Constitutionnel*, con el propósito declarado de verificar la conformidad de las leyes a la Constitución y de declarar inconstitucionales las leyes incompatibles con los derechos fundamentales, incluso después de que la ley haya entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del “derecho viviente” que haya sido creado por la interpretación judicial.

La relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto más compleja por la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de Cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos Regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada carta (Tribunal Europeo de derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Sin dudas en la conversión del Estado Liberal en Estado Constitucional Social de hoy, hemos visto un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho y en la protección de los derechos fundamentales, con respecto al que podríamos preguntarnos

si tal cambio debe considerarse como un elemento patológico o fisiológico, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) las razones de la evolución de la relación ahora mencionada se identifican en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial.

En el segundo sentido (fisiología) las razones más profundas se identifican en la realización progresiva del Estado Constitucional Social. En mi opinión, la conclusión más correcta es la segunda, por las razones que ahora voy a indicar.

La relación entre el legislador y el juez en la creación del derecho se ve afectada por las características básicas de un ordenamiento y por los orígenes históricos de los mismos (basta pensar en las diferencias entre ordenamientos de *common law* o de *civil law*).

Así, es evidente la profunda diferencia entre la experiencia de Norteamérica y la experiencia Francesa.

En la **experiencia de norteamérica** el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular en relación con el poder político y con el legislador, como expresión de la superioridad de la Constitución (poder constituyente) contra de la ley (poder constituido).

En el conocido párrafo 78 del Federalista de Hamilton se dice que los jueces, frente

a una antinomia entre una ley fundamental y otra que no lo es, deben conformar su pronunciación a la primera, de la misma manera que en la sucesión temporal de las leyes prevalece la ley sucesiva en el tiempo. En ambos casos hay una regla de interpretación que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Es a partir de estos principios y del reconocimiento del papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales que, al cabo de unos años, nace en este país el primer modelo de justicia constitucional, con carácter difuso, declarativo e incidental, introducido en vía jurisprudencial a partir de la famosa sentencia Marbury vs Madison de 1803.

Muy diferente, y en cierto modo casi lo contrario, es la **situación en la Europa continental**, donde se estaba produciendo una transición traumática del estado absoluto al estado liberal a través de una ruptura con el viejo orden y la necesidad, por lo tanto, de establecer un catálogo de derechos que preservar y fortalecer.

La tarea de garantizar la aplicación y la eficacia de estos derechos no podrá ser reconocido, sin embargo, a los tribunales sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizarse, fundamentalmente, a través de la actividad del legislador, que luego asumirá un papel central en este sentido.

Lo mismo no puede decirse del juez que por el contrario es visto con recelo, por las actividades llevadas a cabo en el régimen anterior al servicio del poder real y por lo tanto considerado potencialmente hostil

a los nuevos derechos reconocidos por las constituciones, así como carente de legitimidad democrática.

En el Estado Liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en este sentido fue creado el *référé* législatif).

Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, sólo porque expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar, siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes (se puede pensar por ejemplo en las leyes raciales) manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana.

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución y reconociendo pero a la misma una fuerza jurídica superior a la de la ley.

Por esto nacieron las constituciones rígidas y en consecuencia la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta

superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional o, como en Francia donde como es sabido la desconfianza es mucho mayor, en un menos significativo (como deriva ya del nombre), Consejo Constitucional.

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es sólo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, así como de reglas, inevitablemente, implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (por ejemplo, en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La valorización del derecho jurisprudencial deriva, como se ha mencionado, también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular el ordenamiento del Convenio

Europeo de Derechos Humanos – en adelante Convenio- y el ordenamiento de la Unión Europea.

A partir del primero, el Convenio tiene, como todos ustedes saben como juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en los casos de presunta violación del Convenio puede ser activado de acuerdo con normas y procedimientos expresamente previstos y segundo el principio de subsidiariedad con respeto a las garantías reconocidas por las autoridades nacionales.

Acerca de este tema, desde el año 2007 hemos asistido en Italia a un cambio de gran importancia, con reflexiones sobre la valorización del derecho jurisprudencial.

También para evitar que los tribunales ordinarios procediesen a una inaplicación de la ley considerada contraria al Convenio, al igual que lo que ocurre en caso de contraste de la ley con la legislación de la UE, la Corte *Costituzionale* con dos pronunciaciones (nn. 348 y 349 de 2007), consideró que la nueva redacción del art. 117, párrafo 1 de la Constitución - que requiere al Estado y a las regiones, en el ejercicio de sus funciones legislativas, el respeto de las obligaciones internacionales - debe llevar a reconsiderar la posición del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, a pesar de no llegar a reconocer al Convenio el valor de las mismas disposiciones constitucionales y, por tanto, de la posibilidad que la misma pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad, la Corte llega a los mismos resultados aplicándole a ella la llamada teoría de la “norma interposta”, según la cual la violación de las disposiciones del Convenio por parte

de una ley, sería indirectamente en conflicto con el art. 117, párrafo 1 de la Constitución, dado que el Convenio se consideraría como norma interpuesta entre la ley y la Constitución.

El aspecto que más nos interesa es la referencia que hace el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Europea, cuando afirma que una característica del Convenio es tener su propio juez, que tiene la tarea de interpretar el Convenio, que debe por lo tanto ser considerado como “derecho viviente” en la lectura proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Y esto porque las obligaciones asumidas por el Estado italiano incluyen también la existencia de tal juez especial y el reconocimiento de su función interpretativa. Más concretamente, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a seguir sobre todo la interpretación de la ley en conformidad con el Convenio, mientras la garantía de uniformidad de la interpretación depende de la Corte Europea, que también tiene la última palabra, que debe ser aceptada por los estados miembros.

Pasando ahora al segundo caso

El ordenamiento eurounitario es un ejemplo de ordenamiento determinado en gran parte sobre la base del derecho jurisprudencial y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Momento esencial está representado por la “prejudicialidad eurounitaria”, es decir, la facultad de los jueces nacionales o la obligación (para los jueces de última instancia) de solicitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo cuando se tienen

dudas en relación al significado que se debe atribuirse a la legislación de la UE.

El procedimiento prejudicial representa la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia UE, con una distribución teórica de las competencias que debe basarse en la distinción entre la actividad de interpretación del Derecho eurounitario, reconocido al Tribunal y de aplicación del Derecho eurounitario o nacional, interpretado a la luz del primero, reconocido más bien a los jueces nacionales.

En realidad, el sistema ha terminado por operar de manera muy diferente, en parte debido a la afirmación del principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme con el derecho eurounitario.

El juez común por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido que debe darse a la normativa eurounitaria, debe solicitar la intervención del Tribunal de Justicia, y luego proceder, si es posible, a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario o, si no fuera posible, decidir el caso a través de la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario.

El reenvío prejudicial se ha convertido cada vez más en una herramienta no de interpretación sino de producción del derecho, y en algunos casos podemos llegar a preguntarnos si el juez nacional va a aplicar en la realidad, una ley nacional o una ley o reglamento eurounitario o una cosa “mixta”.

La pregunta y la dificultad de dar una respuesta definitiva nacen de la dificultad de distinguir con un corte limpio el

Derecho comunitario del Derecho nacional interpretado de acuerdo con el primero, así como la actividad de interpretación de la actividad de aplicación del derecho.

Con respecto al ordenamiento jurídico nacional, una evaluación de la experiencia de cuasi 60 años de justicia constitucional en Italia, muestra claramente que la Corte ha tendido a adoptar, en estrecha correlación y cooperación con el juez común, cada vez más el papel de “juez de los derechos” y cada vez menos de “juez de las normas” y como no se puede negar que el rol y fisonomía actual de los derechos fundamentales es esencialmente el resultado de la jurisprudencia constitucional.

Con este fin, la Corte ha “creado” toda una serie de instrumentos de decisión que le permiten lograr los máximos resultados posibles en relación con el momento político e institucional específico, pero siempre prestando atención en no sindicar de forma abusiva las elecciones del legislador.

Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas), que introducen una adición o una substitución con respecto al texto original de la norma, a través de las cuales, tras la intervención de la Corte Constitucional, el texto de la disposición se ha modificado sustancialmente con efecto inmediato después de la publicación de la decisión en el Diario Oficial, y sin la necesidad de una intervención del legislador.

Un tipo de decisión que jugó un papel decisivo es el de las sentencias interpretativas de rechazo, a través de las cuales el Tribunal Constitucional declara no fundada una cuestión de inconstitucionalidad (sentencia

desestimatoria), pero esta afirmación está sujeta a la condición de que la ley impugnada se interprete en el sentido que le atribuye el Tribunal Constitucional.

Este tipo de decisión tiene importancia bajo dos puntos de vista:

- a) la superación de la contraposición entre el perfil de la legalidad y el de la constitucionalidad, ya que expresa la idea de que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el juez común pueden y deben interpretar la Constitución y la ley y, en particular, la ley a la luz de la Constitución.

Por lo tanto, de esta manera se rechaza el argumento de que la interpretación de la Constitución sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (plano de la constitucionalidad), mientras que aquella de la ley común está reservada al juez común (plano de la legalidad), de acuerdo con la fórmula por la cual “la Constitución al Tribunal Constitucional, la ley al juez”;

- b) la posibilidad de diferentes interpretaciones de la ley, algunas conformes a la Constitución, otras contraria a la misma y por lo tanto la demostración de que no existe una sola y única interpretación correcta, sino un pluralismo interpretativo.

Acerca de la eficacia de la interpretación de la Constitución por parte del juez constitucional, en España el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “los jueces y tribunales, interpretaran y aplicaran las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En Italia al principio hubo una situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (la denominada guerra entre los dos Tribunales), porque el Tribunal Supremo se niega a seguir la interpretación dictada, como única posible, por el Tribunal Constitucional.

Esta situación se superó a través de la valorización del “derecho viviente”, y es decir que frente a la existencia de un derecho viviente (de facto la interpretación del Supremo), el Constitucional no produce otras diferentes interpretaciones, pero se expresa sobre estos mismos, valorándolos conformes o no a la Constitución.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conforme de las leyes fueron establecidas por la Corte en una situación cuasi monopolística, y desde los años noventa del siglo pasado esta función interpretativa se ha delegado progresivamente al juez ordinario.

Otra herramienta utilizada fue aquella de las denominadas sentencias aditivas de principio, como subespecie de las sentencias aditivas autoaplicativas y que se caracteriza por el hecho de que con la declaración de inconstitucionalidad, la Corte no procede en manera directa a la reconstrucción de la norma, sino que simplemente establece un principio, que debe ser especificado por el legislador en primer lugar, pero luego también por los jueces.

Por último decisivo ha resultado el instrumento de la denominada interpretación conforme, que produjo una clara evolución en la jurisprudencia constitucional: a la fase del monopolio ya recordado siguió la fase en la que la Corte solicitó enérgicamente al

juez no plantear cuestiones constitucionales si hubiese resultado posible dar a la disposición impugnada una interpretación constitucionalmente compatible (las leyes se declaran inconstitucional no porque es posible dar una lectura inconstitucional de las mismas, sino sólo cuando no es posible dar una lectura constitucionalmente compatible).

Y, finalmente, la fase actual en la que el juez deberá comprobar, bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, de haber experimentado y excluido la posibilidad de una interpretación conforme a Constitución de la disposición impugnada.

Es evidente hoy en día la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir de un *derecho político*, fundado sobre el principio de representación y que se expresa a través de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un *derecho jurisprudencial*, que se expresa sin embargo a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas pre-existentes y con el efecto indirecto de producción de normas.

La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisdiccional y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean estas cuestiones: cual es o debería ser la relación entre ellos.

Así que podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX sea ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional.

Claramente no es así, ya que el Estado Social Constitucional necesita de ambos, en necesaria concurrencia.

Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites

de la actividad de los jueces creadora de derecho y cuál es su legitimación en nuestro sistema constitucional.

Los límites a la actividad del juez “creativa” de derecho.

La protección de los derechos fundamentales requiere una actividad de *ponderación entre principios constitucionales* que implica una actividad de interpretación de las fuentes.

La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el Constituyente como por ejemplo en el art. 21 de la Constitución italiana que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad (“*buon costume*”), ponderación que por lo tanto prevalece en todo caso.

La misma actividad de moderación se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como por ejemplo cuando el legislador debe decidir acerca de la disciplina del aborto, si se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (también psicológica) de la mujer o la libertad de autodeterminación en orden a la voluntariedad de la procreación consciente y responsable. La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, también por el Tribunal Constitucional, y en particular, en el control de inconstitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma.

Incluso el juez común, en el momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general,

sino en concreto en un caso específico y con una eficacia limitada a este caso.

De esta manera, y en esta medida, el Tribunal crea entonces derecho.

Con respecto a este fenómeno y a la posibilidad de que un tribunal no sólo vaya a aplicar, sino también a crear derecho, algunos han hablado de imperialismo judicial y de estado jurisdiccional, por la supuesta violación del principio de separación de poderes.

Dada la posibilidad de que los jueces creen derecho podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

El juez es entonces un legislador? Claro que no.

Por lo tanto el problema es determinar cuales son los “límites” y cual es la “legitimación” de la actividad del juez “creativa” de derecho.

Con respecto a “*los límites*”, acerca la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la petición de la tutela de un derecho, surge una necesaria distinción entre:

- a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y
- b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que “permiten”, pero no “imponen”, el reconocimiento de un derecho.

En este segundo caso, se puede hablar de un derecho “legal” frente a los “derechos constitucionales”, porque la Constitución no

reconoce ni prohíbe el derecho, sino solo lo permite.

En este caso su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria, como por ejemplo ha sido en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En este caso los poderes interpretativos y creativos del juez son más reducidos porque el derecho existe solo si el legislador decide reconocerlo.

En el primero caso (es decir cuando un derecho fundamental está reconocido en Constitución), es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional u ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervención del legislador.

En el primero caso (presencia de una ley) el juez puede dar una interpretación conforme, sin modificar el texto de la ley o plantear una cuestión de constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional.

En el segundo caso (carencia de intervención del legislador), se debe excluir la posibilidad de los “derechos reconocidos por la Constitución pero no protegidos por falta de una ley de ejecución”, porque esto sería contrario al sentido mismo de la Constitución y del constitucionalismo, a través del cual hemos querido asegurar que ciertos derechos fundamentales estén excluidos del debate político y de las decisiones discrecionales de la mayoría política. Si se aceptara que la mayoría, con su inacción, pueda determinar la falta de protección de un derecho fundamental, se anularía el efecto esperado con la introducción de las constituciones escritas y del constitucionalismo.

En este sentido, me gustaría mencionar tres casos diferentes, conocidos en Italia, que se relacionan con los temas ahora mismos expuestos.

El primero es el caso de la fecundación heteróloga (con el esperma de persona diferente del marido) y del rechazo de paternidad.

El Código Civil establece que el marido puede demostrar su incapacidad para procrear y por lo tanto no reconocer como suyo al hijo nacido de su esposa durante el matrimonio. En nuestro caso práctico el marido dio su consentimiento a la inseminación; después pidió el rechazo de paternidad.

De conformidad con el Código Civil, la sentencia habría tenido que ser favorable a la petición del marido y autorizar el desconocimiento, ya que no hay duda de que el niño no era suyo.

El juez plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición del Código Civil en la parte en la que permite la denegación de la paternidad, incluso en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el marido ha dado previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional se pronunció con una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que esos se aplican solo para el caso de adulterio y no de inseminación artificial.

La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador.

En este caso considero que habría sido preferible una sentencia estimatoria.

El segundo caso es el del señor Giorgio Welby, enfermo dependiente totalmente de la alimentación artificial, pero persona consciente que decide suspender el tratamiento médico que lo mantiene vivo.

El art. 32 de la Constitución italiana establece que ninguno puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento.

El señor Welby había recurrido al juez ordinario, exigiendo el cese de la alimentación artificial, de conformidad con su derecho fundamental reconocido por el art. 32 de la Constitución.

El juez decidió que en este caso no existía una ley (la ley acerca el "accanimento terapeutico") y por lo tanto el derecho no podría ser garantizado.

En este caso la sentencia, según mi criterio, es contraria, por la razón anteriormente indicada, al significado y al valor de la constitucionalización de dos derechos.

La previsión en la Constitución de los derechos fundamentales sirve justo para evitar que la mayoría parlamentaria pueda limitar o modificar el contenido de estos derechos.

Este efecto es posible solo a través la modificación de la Constitución, es decir a través de una mayoría más amplia. Por eso, la carencia de intervención no puede significar falta de tutela de los derechos.

El tercer caso es el de la joven Eluana Englaro, persona en estado vegetativo no consciente durante muchos años, como resultado de un accidente automovilístico.

El padre había pedido al tribunal interrumpir la alimentación artificial, como expresión de la voluntad de su hija.

En ausencia de una ley sobre el testamento vital, se planteó la cuestión de si el padre podía dar su consentimiento en lugar de su hija inconsciente.

El Tribunal Supremo ha determinado las condiciones para suspender la alimentación forzada, estableciendo que esto puede ocurrir en presencia de una situación médica que se califica como un coma irreversible y si el consenso se puede deducir a través de declaraciones cuando el sujeto estaba consciente.

El Poder Legislativo interpuso un conflicto entre poderes del Estado y dijo que el Tribunal Supremo invadió la competencia del legislador, porque había hecho no una sentencia, sino una ley.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso y dijo que el Supremo había decidido en orden a un caso concreto y con eficacia inter partes y que el legislador puede intervenir a través de una legislación general de la materia, motivo por el cual no había habido ninguna invasión de la competencia legislativa por parte del Tribunal.

El legislador aprobó un decreto ley para impedir la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el Jefe del Estado rechazó emanar el decreto ley por violación del principio de separación de los poderes, argumentando que el decreto había sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de una sentencia de un juez, dictada para la protección de un derecho fundamental.

La legitimación de la actividad interpretativa y creativa del juez en un Estado Constitucional y Democrático.

Al respecto surge una pregunta: el Poder Judicial (magistratura) puede definirse un poder del Estado?

La respuesta a la pregunta depende de la noción de poder que se elija como fundamento de la misma.

En un primer sentido, es decir, poder como expresión de dirección política, como bloque único, que se contrapone a otro poder (legislativo o ejecutivo) y como sujeto unitario que habla con una sola voz. En este sentido la magistratura no puede considerarse un poder del Estado, porque es a la inversa un sujeto de garantía y no de dirección política. Si al contrario poder significa sujeto que realiza funciones constitucionales, entonces el poder judicial (la magistratura) puede considerarse poder del Estado.

Esto significó fue aceptado por el Tribunal Constitucional italiano que ha considerado el Poder Judicial como poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes del Estado y que por lo tanto ha hablado del mismo como de un "poder difuso", sin vertice. Cada juez por lo tanto es poder del Estado.

En efecto la solución del juez se impone no como "verdad" y no como una elección de naturaleza política, sino porque dictada por una persona técnica y profesionalmente preparada que opera respetando las reglas procesales y en condiciones de independencia e imparcialidad.

El fundamento del derecho político está en el principio representativo y de democracia

indirecta, el derecho jurisprudencial en cambio en el principio de legalidad constitucional y en el respecto de los límites puestos por el derecho procesal y no depende por lo tanto del consentimiento popular sino del respecto de las reglas.

Por el juez tal fundamento o legitimación deriva de las reglas clásicas del derecho procesal, es decir *ne procedat iudex ex officio*, el principio del contradictorio, la obligación de imparcialidad, la obligación de motivación y la obligación de decidir.

Si bien el legislador tiene, de hecho, la libertad de decidir si se debe intervenir,

cuándo intervenir y cómo intervenir y no puede ser obligado a hacerlo ni a motivar su elección, el juez, frente a un procedimiento concreto, está obligado a decidir o, de otra manera, cometería el delito de “denegación de justicia” y está obligado a motivar en sentido jurídico sus conclusiones.

La democracia es expresión no solo del poder representativo, sino también garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos. En esto, es decir garantizar el respeto de los derechos y limitar los poderes públicos, es el fundamento de la legitimación de la actividad interpretativa, es decir jurisdiccional, es decir creativa del juez.