

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES,
ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR.
CONFERENCIA PARA CONMEMORAR EL DÉCIMO
ANIVERSARIO DE LA PRIMERA MAESTRÍA
EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Roberto Romboli**

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 así como de su contenido y otro, necesariamente posterior en el tiempo, el de su protección, para el caso en el que un sujeto considere que haya sido lesionado uno de sus derechos fundamentales.

Huelga recordar que un derecho fundamental puede considerarse verdaderamente existente y eficaz, a condición de que el mismo no sea sólo establecido en una Carta Constitucional 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

* Conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho el 10 de noviembre del 2015.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Pisa

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 legislado (político) y derecho jurisdiccional) están inevitable y estrechamente entrelazados.

Acercas 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 basadas 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 constitucional, así como la doctrina predominante, quien ha establecido que la expresión “derechos inviolables” contenida en el Artículo 2 de la Constitución Italiana, había que considerarse una “norma abierta”, cosa que 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.

Acercas 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, del parlamento.

Un ejemplo es la opción de reconocer o no reconocer una acción individual frente el 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 año 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 ha entrado en vigor y, precisamente, sobre la base del “derecho viviente” que ha 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 duda 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 a lo cual podríamos preguntarnos si tal cambio debe considerarse como un elemento de patología o de fisiología, 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 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 del mismo (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 norteamericana, el papel que se asigna al juez es el de garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, en particular, con 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 decisión 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 ese 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 podía ser reconocido, sin embargo, a los tribunales, sino al sujeto político, ya que las constituciones aparecen principalmente como un programa político que tiene que realizar, 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 son 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 a esos principios la misma fuerza jurídica superior a la de la ley. Por esta razón 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 y el ordenamiento de la Unión Europea. A partir del primero, el Convenio tiene, como es conocido, 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 respecto 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, el Tribunal Constitucional con dos pronunciamientos (números 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 interpuesta", según la cual, la violación de las disposiciones del Convenio por parte de una ley, llevaría indirectamente a un 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 y 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, 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 casi 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 de ahí que 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 sustituirse de forma abusiva las decisiones del legislador. Entre estos instrumentos se puede recordar las denominadas sentencias manipuladoras (manipulativas) que introdujeron una adición o una sustitución 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 deci-

sión de la Corte 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 ordinario".
- 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, interpretarán y aplicarán 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", es decir, que frente a la existencia de un derecho viviente (de facto la interpretación del Supremo) el Constitucional no puede producir otras diferentes interpretaciones, pero valora estas mismas, si están conformes o no con la Constitución.

Durante mucho tiempo las lecturas constitucionalmente conformes 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 auto aplicativas y que se caracterizan 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 señalado 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 inconstitucionales no porque es posible darles una lectura inconstitucional, sino sólo cuando no es posible encontrar en ellas 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 una cuestión: cuál es o debería ser la relación entre ellos.

Así, podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX ha sido ahora reemplazado por el derecho jurisdiccional. Claramente no es así, ya que el Estado social constitucional necesita de ambos, en una clara concurrencia. Esto requiere, sin embargo, que nos preguntemos cuáles son entonces los límites de la actividad creadora de derecho de los jueces 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 ("buenas costumbres") ponderación que por lo tanto prevalece en todos los casos. 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 del derecho al 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 esa 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 cuáles son los "límites" y cuál es la "legitimación" de la actividad del juez "creativa" de derecho. Con respecto a "*los límites*", acerca de 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 sólo si el legislador decide reconocerlo.

Cuando un derecho fundamental está reconocido en la Constitución, es decir, en el primer supuesto, es necesaria una segunda distinción para definir la posición del juez (constitucional o ordinario) frente a la ley: si existe o no una intervención del legislador. En el primero (es decir, la 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 (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 están 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 caso es el 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, pero después rechazó la paternidad. De conformidad con el Código Civil, la sentencia debería haber sido favorable a la petición del marido y autorizar el desconocimiento de la paternidad, ya que no hay duda de que el niño no era suyo. El juez planteó 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 dio previamente su consentimiento para la inseminación de su esposa.

El Tribunal Constitucional pronunció una decisión desestimatoria siguiendo una interpretación *particular* de los artículos del Código Civil, con el argumento de que los mismos se aplican sólo para el caso de adulterio y no de inseminación artificial. La interpretación por lo tanto supera la carencia de intervención del legislador. Desde mi punto de vista 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. Pero el juez decidió que en este caso no existía una ley (la ley acerca el "ensañamiento terapéutico", es decir, para reducir el dolor en el paciente terminal) 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 los 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, toda vez que esto es posible sólo 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 ("voluntad anticipada") 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 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 interpartes 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. Ante ello, 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 como 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 un auténtico Poder del Estado. Este significado fue aceptado por el Tribunal Constitucional italiano que ha considerado al Judicial como un Poder del Estado que puede plantear conflicto contra otros poderes 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 es 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. Al 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, etcétera.

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 de una o de otra manera, ya que de lo contrario, cometería el delito de "denegación de justicia" y por ello está obligado a motivar en sentido jurídico sus conclusiones. La democracia es expresión no sólo del poder representativo, sino también garantía de los derechos fundamentales y limitación de los poderes públicos.

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, de la actividad creativa del juez.